Der Gemeinschuldner

der

Reichskonkursordnung.

Von der hohen juristischen Fakultät der
Universität Tübingen
genehmigte

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

von

Dr. jur. Carl Schad
in München.

1902.

Druck von Anton Meindl München-Pasing I. 39.

Der Gemeinschuldner

der

Reichskonkursordnung.

Von der hohen juristischen Fakultät der
Universität Tübingen
genehmigte

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

ACAD.
LUGD BAT.
BIBL.

von

Dr. jur. Carl Schad
in München.

1902.

Druck von Anton Meindl München-Pasing I. 39.

Inhaltsverzeichniss.

Seite

Konkursbegriff 1

Der Gemeinschuldner:

I. Existentwerden des Gemeinschuldners durch Konkurseröffnung 12

II. Arten der Gemeinschuldnerschaft 22

A. Konkurs über das Vermögen einer physischen Person 23

B. Konkurs über das Vermögen einer juristischen Person 26

Insbesondere: Der Konkurs über Aktiengesellschaften . 33

C. Konkurs über das Vermögen einer Gemeinschaft zur gesamten Hand 41

a. die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft 51

b. verklagbarer, nicht mit juristischer Person ausgestatteter Verein 60

c. das Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft 61

d. der mehreren Erben gehörige Nachlass 65

e. die Rhederei 67

D. Nachlasskonkurs 69

III. Rechtsstellung des Gemeinschuldners.

A. Allgemeines 83

B. Insbesondere 85

Gemeines Recht 86

Geltendes Recht

a. Stellung zum Konkursverwalter 90

b. Einwirkung des Konkurses auf die Dispositionsfähigkeit des Gemeinschuldners 98

c. Einwirkung des Konkurses auf den Gemeinschuldner bindende Veräusserungsverbote 112

d. Einwirkung des Konkurses auf Gemeinschaftsverhältnisse des Gemeinschuldners 114

Seite

e. Einwirkuug des Konkurses auf die Erfüllung der vor Konkurseröffnung geschlossenen Verträge des Gemeinschuldners 118
1) Wenn eine einseitige Erfüllung nach Konkurseröffnung noch aussteht 118
2) Wenn die Verbindlicheiten auf beiden Seiten noch unerfüllt sind 123
f. Einwirkung des Konkurses auf Fixgeschäfte des Gemeinschuldners 132
g. Einwirkung des Konkurses auf die vor Konkurseröffnung geschlossenen Miet- und Pacht-Verträge 135
1) Der Gemeinschuldner ist Mieter oder Pächter . . . 135
2) Der Gemeinschuldner ist Vermieter oder Verpächter 140
h. Einwirkung des Konkurses auf das vor Konkurseröffnung beim Gemeinschuldner eingegangene Dienstverhältnis 142
i. Einwirkung des Konkurses auf vor Konkurseröffnung vorgenommene Rechtshandlungen des Gemeinschuldners 143
1) Anfechtung wegen böswilliger Benachteiligung der Gläubiger 148
2) Anfechtung entgeltlicher Verträge des Gemeinschuldners mit seinen Ehegatten oder näheren Verwandten. 150
3) Anfechtung von unentgeltlichen Verfügungen des Gemeinschuldners 152
4) Anfechtung von Rechtsgeschäften, welche vorgenommen wurden trotz Kenntnis des vorhandenen Konkurses 155
5) Anfechtung von Leistungen an Konkursgläubiger . . 156
k. Einwirkung des Konkurses auf den Gemeinschuldner 159
1) als Ehemannn 159
2) als Vater 160
3) als rücknahmeberechtigter Schuldner 160
4) als Vormund 160
5) in öffentlich rechtlicher Beziehung 161
6) in strafrechtlicher Beziehung 161
l. Rechte des Gemeinschuldners 164
1) Einwirkung des Gemeinschuldners auf Eröffnung und Beendigung des Konkursverfahrens . . . 165

Seite

a) Antragsrecht auf Eröffnung des Verfahrens . . 165
b) Recht auf Gehör 165
c) sofortige Beschwerde gegen Eröffnungsbeschluss und Abweisung des Eröffnungsantrags 165
d) Antragsrecht auf Einstellung des Verfahrens . 170
e) Recht des Zwangsvergleichsvorschlag . . . 172

2) Antragsrechte des Gemeinschuldners bezüglich der Postsperre, Recht auf Anwesenheit bei der Inventuraufnahme 174
3) Bestreitungsrecht angemeldeter Forderungen . . . 175
4) Recht, Eiewendungen vorzubringen gegen die Schlussrechnung, Rechtshandlungen der Konkursverwaltung, Recht auf Aussetzung einer Abschlagsverteilung; sofortige Beschwerde 175

m. Pflichten des Gemeinschuldners 176
1) Auskunftserteilung 176
2) Wohnungszwang 178
3) Offenbarungseid 179
4) Zwangsmassregeln gegen den Gemeinschuldner . . 181

IV. Der Gemeinschuldner nach Beendigung des Konkursverfahrens. 182
Insbesondere im Falle des Zwangsvergleichs 187

Abkürzungen.

B.G.B. - Bürgerliches Gesetzbuch.

H.G.B. - Handelsgesetzbuch.

E. G. - Einführungsgesetz.

R.G. - Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.

R.O.HG. - Entscheidungen des Reichs-Oberlandesgerichts.

R.St.G.B. - Reichsstrafgesetzbuch.

R.C.P.O. oder C.P.O.- Reichscivilprozessordnung.

K.O. - Konkursordnung.

J.W. - Juristische Wochenschrift, Organ des deutschen Anwaltsvereins.

Archiv f. c. Pr. - Archiv für die civilistische Praxis.

Seuffert's Archiv - J. A. Seuffert's Archiv für die Entscheidungen des obersten Gerichtshofs.

Krit. V. J. Schrift - Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.

Goldschmidt's Zeitschrift - Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht von L. Goldschmidt.

Grünhut's Zeitschrift - Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht von Grünhut.

Gruchots Beiträge - Beiträge des deutschen Rechts von Gruchot.

Striethorst's Archiv - Striethort's Archiv für Rechtsfälle aus der Praxis der Rechtsanwälte des pr. Obertibunals.

Z. f. d. Civilpr. oder Busch's Z. f. d. Civilpr. - Zeitschrift für deutschen Civilprozess von Busch.

Motive Hahn - Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, herausgegeben von Hahn, fortgesetzt von Mugdan Bd. IV.

P. - Protokolle der Reichstagskommission.

Fuchsberger - Fuchsberger, Entscheidungen des Reichsoberhandelsgericht Bd. VII.

Jhering's Jahrbücher - Jhering's Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.

Kommentare: Wengler 1879, Koenig 1879, 2. Aufl. Hullmann 1879, v. Voelderndorff 2. Aufl. Stieglietz 1879, Wilmowski 4. Aufl., Meisner 1881, Petersen 1879, Petersen u. Kleinfeller 3. Aufl., Wolff 1900, Sarwey-Bossert 4. Aufl., Willenbücher 1885, Handausgabe der Konkursordnung von Karl Meyer 1899, Jäger 1902.

Dabelow Ausführliche Entwicklung der Lehre vom Konkurse der Gläubiger 1801.

Kori, System des Konkursprozes 2. Aufl. 1828.

Fuchs, das Konkursverfahren 1863.

Wengler, der Konkurs der Gläubiger nach sächs. Rechte, unter vergleichender Berücksichtigung gemeinrechtlicher Grundsätze 1870.

Schweppe, das System des Konkurses der Gläubiger nach dem gemeinen in Deutschland geltenden Rechte 3. Ausg.

Günther, der Konkurs der Gläubiger nach gemeinen deutschen Recht 2. Aufl.

Bayer, Konkursprozess 1868.

Danz, Summarischs Prozesse 1806, 3. Ausg.

Fuchs, der deutsche Konkursprozess 1877.

Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts 1891.

L. Seuffert, deutsches Konkursprozessrecht 1899.

Endemann, das deutsche Konkursverfahren 1889.

Fitting, das Reichskonkursrecht und Konkursverfahren 1881.

Oetker, konkursrechtliche Fragen.

Oetker, konkursrechtliche Grundbegriffe Bd. I.

Mandry, der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze 3. Aufl.

Mandry-Geib, der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze bearbeitet von Geib 4. Aufl.

Schultze, das deutsche Konkursrecht in seinen juristischen Grundlagen 1880.

Jaeger, der Konkurs der offenen Handelsgesellschaft 1897.

Jaeger, Erbenhaftung und Nachlasskonkurs 1898.

Schmidt's Handbuch - Handbuch des Civilprozesses von Schmidt.

Staub, Kommentar z. Handelsgesetzbuch 6. und 7. Aufl.

Hellmann, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts 1886.

Konkursbegriff.

Das gemeine Recht verstand unter Concurs *(Concursus creditorum)*[1]) Bankrott, Creditwesen, Crida, Gant, den Rechtszustand eines Schuldners, wenn dessen Vermögen zur vollen Befriedigung seiner Gläubiger nicht mehr ausreichte und in einem solchen Falle in den Besitz der Gläubiger kam, um zu deren Befriedigung ohne Zuthun des Schuldners durch Vermittlung des Gerichts verwendet zu werden.

Das hierdurch veranlasste gerichtliche Verfahren, in welchem die Gläubiger des insolventen Schuldners sich meldeten, ihre Forderungen und ihre Rangordnung feststellen liessen in welchem das schuldnerische Vermögen gesammelt, verwaltet und verwertet wurde, in welchem endlich das flüssig gemachte Vermögen unter die Gläubiger nach ihrer Rangordnung verteilt wurde, hiess Concursprozess (Prioritätsprozess, *processus cridae*, Gantprozess, Conturbationsprozess[2]).

Eine strenge Unterscheidung zwischen den Begriffen „Concurs" und „Concursprozess" wurde im allgemeinen nicht gemacht, man gebrauchte oft das eine Wort für das andere.

Von einem formellen Concurs sprach man, wenn auf Grund der Insolvenz des Schuldners sein Vermögen auf die Gläubiger übertragen und hierdurch

---

[1]) Die Römer kannten den Ausdruck *concursus creditorum* nicht; derselbe ist wahrscheinlich dem römischen *concursus plurium creditorum in pignore* nachgebildet, (siehe Schweppe S. 2, Wengler S. 2, Korri S. 23, Günther S. 2.)

[2]) Die Bezeichnung Conturbationsprozess war besonders gebräuchlich bei Concurs fürstlicher Personen, s. Kori S. 23.

das Konkursverfahren veranlasst wurde; materiellen[1]) Concurs nannte man es, wenn zwar die Insolvenz des Schuldners schon bestand, der formelle Concurs aber noch nicht eröffnet war.

Die weitere Unterscheidung eines imminenten[2]) Concurses wonach wegen der Zweifel über die „Solvenz" des Schuldners oder wegen des bereits erfolgten Andringens der Gläubiger auf den Schuldner die Frage, ob Concurs zu eröffnen sei, aufgerollt wurde, ist seit Goenner aufgegeben worden (s. Günther S. 1, 3; Wengler § 2; Fuchs § 1.).

Mit Rücksicht auf die Begrenzung des die Concursmasse bildenden Vermögens und mit Rücksicht auf die weitere Frage, ob alle oder nur einzelne Gläubiger ihre Beteiligung im Concurse verlangen können entstand die Unterscheidung zwischen *concursus universalis*, allgemeiner Concurs, Universalconcurs — hier gehört zur Masse das gesamte Vermögen des Gemeinschuldners, sämtliche Gläubiger desselben können teilnehmen — und *concursus specialis*, Partikularconcurs[3]) — hier gehört zur Masse nur ein Teil des

---

[1]) Als Rechtswirkung des materiellen Concurses ist das Anfechtungsrecht der Gläubiger zu nennen, zu deren Gunsten unter gewissen Voraussetzungen von dem Schuldner während des Zustandes des materiellen Concurses vorgenommene Rechtsgeschäfte durch die *actio Paulliana* rescindirt werden konnten, s. Günther S. 3.

[2]) An Stelle des imminenten Concurses hatte das sächsische Recht die Bezeichnung „Abfall der Nahrung" aufgenommen; man verstand hiemit den Zeitpunkt, von welchem an die Befürchtung des Ausbruches des wirklichen Concurses vorhanden war, obwohl solcher nicht nothwendiger Weise ausbrechen musste. Für diesen Schwebezustand bestanden gesetzliche Sicherungsmassregeln für die Masse, s. die ausführliche Darstellung bei Wengler S. 5 ff.

[3]) Partikularconcurs in Sachsen bei Lehenseigentum und Bergwerkseigentum (Wengler S. 7); nach Günther S. 76 konnte in Sachsen zu dem im Inlande befindlichen Vermögen eines Ausländers auch dann Partikularconcurs eröffnet werden, wenn an dem ausländischen Wohnort des Ausländers Universalconcurs nicht eröffnet war, was gemeinrechtlich nicht möglich war. S. Fuchs § 1, welcher eine Zusammenstellung der Fälle eines Partikularconcurses gibt.

Vermögens des Gemeinschuldners und nur eine Gruppe von Gläubigern können teilnehmen.

Beide Concurse können nebeneinander herlaufen, ein Partikularconcurs konnte jedoch nur eröffnet werden, wenn bereits vor dem ordentlichen persönlichen Richter des Cridars der Universalconcurs eröffnet worden war (s. Günther S. 76 ff., welcher auch die Fälle angibt, wo beide Concurse neben einander entstehen können. Auch eine Mehrheit von Partikularconcursen ist denkbar.)

Eine ganz eigene Art von Concurs war der Administrationsconcurs (Sequestrationsconcurs). Es konnte dies sowohl Universal- als auch Particularconcurs sein. Derselbe bestand darin, dass nur die Einkünfte, Früchte, Revenüen gewisser Güter[1]) als Concursmasse in Betracht kamen. Die Gläubiger führten in einem solchen Falle entweder auf eigene Rechnung die Administration oder sie verpachteten die Güter, der Pachtschilling bildete die Masse.

Mit diesen grossentheils unfruchtbaren Unterscheidungen hat das geltende Recht aufgeräumt, nur die Unterscheidung zwischen Universal- und Partikularconcurs ist durch die Reichskonkursordnung nicht aufgegeben worden.

Die Reichskonkursordnung selbst gibt nicht eine Definition des Konkursbegriffs, derselbe ist aus dem Inhalte des Gesetzes zu entnehmen. Danach versteht man unter Konkurs „ein gerichtliches Verfahren, in welchem aus einer nach gesetzlichen Bestimmungen vom Vermögen des zahlungsunfähigen Schuldners gebildeten, in seinem Eigentum, aber nicht in seiner Disposition

[1]) Insbesondere findet sich dieser Concurs bei Lehn- und Fideicommissgütern, bei Communen, bei Gütern, an denen der Cridar nur den Niessbrauch hatte, vorausgesetzt, dass die Gläubiger den Niessbrauch nicht lieber verkauften, s. Kori S. 24, Schweppe S. 3, Wengler S. 8.

verbleibenden Masse seinem Gläubiger, bezw. seinen Gläubigern, diesen verhältnissmässig und innerhalb ihrer Rangordnung gleichmässig, Befriedigung gewährt wird.

Der Unterschied zwischen dem gemeinrechtlichen Konkursbegriff und dem heutigen ist nicht zu verkennen. Die gemeinrechtliche Bestimmung, dass das Vermögen des Schuldners mit Eröffnung des Konkurses in den Besitz der Gläubiger übergehe, ist von der Reichskonkursordnung nicht aufgenommen worden.

Es soll vielmehr das Vermögen des Schuldners und damit die Masse in seinem Eigentum verbleiben; nur die Dispositionsbefugnis über die Masse soll ihm nicht zustehen. (§ 6 K.O.)

Ein weiterer bedeutender Unterschied ist darin zu finden, dass zu den Voraussetzungen der Konkurseröffnung nicht eine Mehrzahl von Gläubigern, wie im gemeinen Recht[1]) gehört, sondern Konkurseröffnung ist auch zulässig bei Vorhandensein nur eines einzigen Gläubigers. Diese Ansicht ist vielfach bestritten.

Die Vertreter der gemeinrechtlichen Auffassung halten einen Concurs ohne eine Mehrzahl von Gläubigern für ein Unding, da schon das Wort „Concurs“ auf eine Concurrenz unter den Gläubigern hindeute und bei nur einem Gläubiger eine Anzahl concursrecht-

---

[1]) Schweppe § 24 lässt Concurs zu auch dann, wenn mehrere Gläubiger gemeinschaftlich eine Forderung haben und bezüglich der einzelnen Theile der Forderung Rangstreitigkeiten bestehen.

Diese Ansicht wurde jedoch von der herrschenden gemeinrechtlichen Richtung nicht acceptirt, da es die Rechtsverhältnisse des Schuldners nicht berühren könne, ob eine ihm gegenüber bestehende einzige Forderung in verschiedene Theilforderungen zerlegt werde; für den Concurs müssen verschiedene Forderungen bestehen.

Das ältere gemeine Recht hatte unter den Concursvoraussetzungen auch die Collision unter den Gläubigern wegen Priorität. Dieses Erfordernis wurde jedoch später in der Praxis unbeachtet gelassen und die Collision zwischen den Gläubigern wegen Priorität nicht mehr für nöthig erachtet, s. Püttner's auserlesene Rechtsfälle I Decis. 149.

licher Bestimmungen gar nicht zur Anwendung kommen könnten. So führt L. Seuffert S. 140 an, dass die Anlage des Verfahrens mit einer Gläubigergemeinschaft und einem Verteilungsverfahren nicht für den Fall passe, dass nur ein Gläubiger vorhanden sei.

Hiezu ist zu bemerken, dass die Hauptaufgabe der Konkursordnung in der Regelung der Rechtsverhältnisse bestand, welche bei einer Mehrheit von Gläubigern zu berücksichtigen waren.

Für diesen „Regelfall" mussten ganz besondere Bestimmungen getroffen werden. Daraus aber, dass die K.O. sich besonders mit der Lösung dieser schwierigen Fragen befasste, zu schliessen, dass für den Ausnahmefall, — dass nur ein Gläubiger vorhanden sei — auch besondere Bestimmungen hätten getroffen werden müssen und dass, nachdem dies nicht geschehen, ein Konkurs mit nur einem Gläubiger unzulässig ist, wäre ein falscher Schluss.

Ob in einem Konkurs alle konkursrechtlichen Bestimmungen wirklich zur Anwendung kommen oder nicht, hat übrigens mit den Voraussetzungen des Konkurses nichts zu tun.

Seuffert führt weiter aus, dass der Antragsteller das Vorhandensein einer Gläubigermehrheit nicht nachzuweisen brauche; nur wenn sich bei den Ermittelungen des Gerichts ergibt, dass nur ein Gläubiger vorhanden ist, sei die Eröffnung abzulehnen.

Danach hätte es also oft der Schuldner in der Hand, ob trotz Gläubigerantrag Konkurs in sein Vermögen zu eröffnen sei, oder nicht; denn der Antragsteller wird das Vorhandensein anderer Gläubiger in vielen Fällen nicht nachweisen können, das Gericht wird also dann auf die alleinige Aussage des Schuldners angewiesen sein. Dieser verheimlicht nun doloser Weise, dass er noch andere Gläubiger hat — er kennt ja die Theorie von dem Erforderniss einer Gläubiger-

mehrheit und verwendet sie, um dem Konkurs so lange als möglich aus dem Wege zu gehen —; auf Grund seiner Aussage wird die gläubigerseits beantragte Konkurseröffnung abgelehnt. Es braucht nicht einmal dolus des Schuldners vorliegen, er kann z. B. auf einen Gläubiger, dem er nur eine Bagatellsumme schuldet, vergessen haben und nur an seinen Hauptgläubiger denken.

Dass es nunmehr nicht dem Geist der Konkursordnung entspräche, wenn dem Schuldner ein solcher Einfluss auf die Konkurseröffnung eingeräumt würde, darf man wohl annehmen.

Wolff S. 297 hält einen Konkurs mit einem Gläubiger begrifflich für unmöglich, weist aber zugleich darauf hin, dass man in der Regel erst im Prüfungstermin die Anzahl der Gläubiger kenne. Er macht hiemit lediglich auf die Schwierigkeit der Durchführbarkeit der von ihm vertretenen Theorie einer Gläubigermehrheit aufmerksam, eine Lösung der Frage gibt er nicht.

Nach Endemann S. 36 ist eine Gläubigermehrheit wohl für die Durchführung des Konkursverfahrens nöthig, nicht aber für die Eröffnung desselben.

Damit will doch gesagt sein, dass der Konkurs ohne Rücksicht auf die Zahl der Gläubiger zu eröffnen sei. Wenn dann während des Verfahrens sich herausstellt, dass nur ein Gläubiger vorhanden ist, dann liegt Endemann's Fall vor. Soll dann das Verfahren eingestellt werden? Soll der Konkurs von Anfang an für nicht eröffnet gelten? Wer trägt die bis dahin entstandenen Kosten der öffentlichen Bekanntmachungen, des Gerichts, des Konkursverwalters? Wie soll der dem Schuldner durch die Bekanntmachung der ungerechtfertigten Konkurseröffnung, durch das bisherige Verfahren entstandene moralische und materielle Schaden wett gemacht werden?

Auf diese Fragen geben uns Endemann und die anderen Vertreter der Theorie der Gläubigermehrheit keine Antwort.

Von den Vertretern vorstehender Ansicht wird nun wohl nicht bestritten werden können, dass es eine Einstellung des Konkursverfahrens nur gibt, wenn offenkundig wird, dass genügende Masse zur Deckung der Kosten des Verfahrens nicht vorhanden ist. (§ 204 K.O.) Es kann somit das Gericht die Einstellung des einmal eröffneten Verfahrens nicht verfügen, wenn nachträglich das Vorhandensein nur eines Gläubigers festgestellt wird.

Es widerspricht sich ferner, wenn man die Konkurseröffnung davon abhängig machen wollte, ob im Prüfungstermin sich eine Mehrheit von Gläubigern ergäbe oder nicht. Ohne Konkurseröffnung kein Prüfungstermin, ohne Vorliegen der Konkursvoraussetzungen keine Konkurseröffnung, ein einmal eröffneter Konkurs bleibt eröffnet. Es muss also bereits vor Konkurseröffnung feststehen, ob eine Mehrheit von Gläubigern in Betracht komme. Da dies gesetzlich vor dem Prüfungstermin (§ 141, 142 K.O.) ja bis zur Schlussverteilung (§ 161, 162 K.O.) nicht feststehen kann, — die praktische Schwierigkeit geben die Vertreter der Gläubigermehrheits-Theorie selbst zu —, so kann unmöglich als Konkursvoraussetzung eine Gläubigermehrheit, die man bei der Konkurseröffnung noch nicht kennen **kann,** verlangt werden, andernfalls wäre eine Konkurseröffnung überhaupt undenkbar. Von den Vertretern der Gläubigermehrheitstheorie wird oft auch eine Bemerkung in den Motiven zum I. Entwurf des Bürgerl. Gesetzbuches V 683 (zu § 2150) hingewiesen, wonach der Nachlasskonkurs bei dem Mangel einer Mehrheit von Gläubigern versage.

Wie der Entwurf zu der Aufnahme dieser Sentenz kommt, begründet er nicht; jedenfalls hat eine dem-

entsprechende Ansicht im Gesetz selbst keinen Wiederhall gefunden; denn das Erfordnis einer Gläubigermehrheit lässt sich den gesetzlichen Bestimmungen der Konkursordnung nicht eingliedern, diese Theorie scheitert auch an der praktischen Durchführbarkeit.[1])

Das Reichsgericht (XI No. 11 S. 40 ff.) hat gleichfalls diese Ansicht acceptirt. Es führt aus, dass es nur zwei Konkursvoraussetzungen gibt, d. i. Zahlungsunfähigkeit des Schuldners und Vorhandensein einer die Kosten des Verfahrens deckenden Konkursmasse. Gem. § 97[1] (jetzt 105[1]) K.O. sei zur Zulassung des Konkurseröffnungsantrages eines Gläubigers nur Glaubhaftmachung seiner Forderung und der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners erforderlich. Nach zugelassenem Antrag sei das weitere Eröffnungsverfahren gem. § 97 (jetzt 105) Abs. II u. III der K. O. nur noch auf die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit zu richten. Im Uebrigen hätte die Konkurseröffnung auch für den einzelnen Gläubiger ganz andere Vorteile, als ein nur einzelne Vermögensstücke ergreifender dinglicher Arrest.

Die in dieser reichsgerichtlichen Entscheidung enthaltene Meinung ist heute die herrschende.

Der Konkursbegriff erfordert ferner als Konkursbasis eine Konkursmasse, welche gemäss § 1 der K.O. nach den dort gegebenen Bestimmungen aus dem Vermögen des Gemeinschuldners gebildet wird.

Das gesamte, einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört, bildet die Masse. Mit der Aufnahme des Grundsatzes, dass nur das „zur Zeit der Eröffnung“ des Verfahrens

[1]) Die hier vertretene Ansicht wird von einer Reihe von Schriftstellern verfochten, so Wilmowski S. 307, Kohler S. 68, Willenbücher S. 150, Meyer S. 174, Sarwey-Bossert S. 335, Oetker konkursrechtliche Grundbegriffe I S. 56, auch von Jaeger *de lege ferenda*, während er *de lege lata* eine Gläubigermehrheit annimmt. S. 478.

dem Gemeinschuldner gehörige Vermögen, also mit Ausschluss des nach Konkurseröffnung erworbenen Vermögens zur Konkursmasse gehören soll, hat die K.O. diese gemeinrechtlich[1]) bestrittene Frage entschieden. Eine Anzahl deutscher Partikularrechte[2]) hatte den späteren Erwerb noch zur Masse gezogen. Zweckmässigkeitsgründe hatte das Reichsrecht zur Aufnahme dieser zeitlichen Begrenzung hinsichtlich der Konkursmasse veranlasst. (s. Motive zu Entw. einer K.O. S. 48 ff. in Hahn's Materialien.)

Das durch die zeitliche Begrenzung gefundene Vermögen wird dem Umfang nach beschränkt auf das „einer Zwangsvollstreckung" unterliegende Vermögen. Die hier gezogenen Grenzen sind durch die Civilprozessordnung vorgezeichnet.

Das gesamte Vermögen gehört in die Masse; damit ist ein Konkurs über Vermögensteile des Gemeinschuldners ausgeschlossen. Von diesem Grundsatz macht die Konkursordnung Ausnahmen, indem sie den Partikularkonkurs zulässt beim Konkurs der offenen Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft[3])

---

[1]) Die Ansicht, dass auch dasjenige Vermögen, welches der Gemeinschuldner während des Konkursverfahrens erwirbt, in die Masse gehöre, wurde vertreten von Schweppe § 35 No. 2, Puchta § 25, Bayer § 26a, Fuchs § 13a f. Verneint wurde diese Ansicht von Schmid, Handbuch III. Theil S. 257, Gensler, Arch. f. c. Pr. II 356, Seuffert Archiv VI No. 112, X No. 322, XIX No. 287, Entsch. des R.O.H.G. XII 300.

Je nachdem das Verfahren auf Grund einer *missio in bona* oder einer *cessio bonorum* eröffnet wurde, unterscheiden die Frage Dabelow S. 538, Goenner Handbuch IV. Abs. 82 § 11.

[2]) So die Bremer Debitverordnung §§ 49, 53, die Lübecker Concursordnung §§ 57, 64; die Hannover'sche Prozessordnung § 619 steht auf dem Standpunkt der Reichskonkursordnung.

Für die Zugehörigkeit des späteren Erwerbs zur Konkursmasse sprechen sich noch aus die preuss. Konkursordnung von 1855 § 1, die badische Prozessordnung § 728, die bayerische Prozessordnung *art 1208*, ferner Baumeister, Privatrecht von Hamburg I, 331, 332. Ebenso die meisten ausländischen Gesetze, wie Oesterreich, England, Dänemark, Belgien, Spanien, Frankreich, Ungarn.

[3]) Die offene Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft ist eine Gemeinschaft zur gesamten Hand, die Kommanditgesellschaft auf Aktien ist eine juristische Person.

Kommanditgesellschaft auf Aktien § 209—212, beim Konkurs über die Gemeinschaften zur gesamten Hand § 213[1]), beim Nachlasskonkurs §§ 214—235, beim Konkurs über das Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft § 236 K. O. Prinzipiell ist also der Konkurs immer Universalkonkurs.

Noch zu bemerken ist, dass in die Konkursmasse nur Vermögen kommen kann, das dem Gemeinschuldner gehört, das Vermögen dritter Personen ist auszusondern.

Zu Vermögen im weiteren Sinne würden auch die Schulden des Gemeinschuldners gehören. Das hier als Konkursmasse in Betracht kommende Vermögen ist das Aktivvermögen, umfassend alle Sachen und Rechte des Gemeinschuldners, die Geldwert haben.[2])

Dass die Zahlungsunfähigkeit zu einer der Voraussetzungen für die Konkurseröffnung gehört, ist oben schon bemerkt worden.

Es mag noch erwähnt werden, dass stets nur gegen einen Gemeinschuldner das Konkursverfahren eingeleitet werden kann, ein und dasselbe Verfahren über das Vermögen Mehrerer gibt es nicht. (Sarwey-Bossert S. 335.)

Konkurszweck[3]) ist die Sicherung, Verwaltung

---

[1]) Die Vereine des § 213 K.O. sind Gemeinschaften zur gesamten Hand.

[2]) Es würde über den Rahmen der vorliegenden Abhandlung hinausgehen, wollte man die vielfachen Fragen über die Bildung bezw. über den Umfang der Konkursmasse hier erörtern. Ich verweise diesbezüglich auf die gründlichen Ausführungen bei Wolff S. 2 ff., Sarwey-Bossert S. 32 ff., Wilmowski S. 38 ff., Petersen und Kleinfeller S. 3 ff., Meyer S. 5 ff., Endemann §§ 53—56, Seuffert S. 76 ff., Kohler S. 109—152, Jäger S. 12 ff.

[3]) Der gemeinrechtliche Concurszweck bestand:

1. darin, eine teilbare liquide Concursmasse aus dem Vermögen des Gemeinschuldners zu bilden, um dieselbe unter die Gläubiger ihrem Rang entsprechend gleichheitlich zu verteilen,
2. die vorhandenen Ansprüche und Forderungen hinsichtlich

und Verwertung der Konkursmasse, sowie deren Verteilung an die Gläubiger im gleichen Verhältniss zu ihren Forderungen einerseits und gemäss des ihnen im Verfahren angewiesenen Ranges andererseits. Innerhalb des Ranges werden die Forderungen ebenfalls im gleichen Verhältnis zu diesen befriedigt.

Endlich ist zum Begriff des Konkurses noch zu erwähnen, dass es sich bei dem Konkursverfahren um eine Prozessart, um eine Abart des Rechtsschutzverfahrens des Civilprozessrechts handelt.

---

ihres Grundes und Betrages zu prüfen und festzustellen, (Liquidationsverfahren).

3. den beanspruchten Rang unter den Gläubigern zu entscheiden. (Prioritätsverfahren.)

Der Gemeinschuldner.

I. Existentwerden des Gemeinschuldners durch Konkurseröffnung.

Die innere Entstehungsursache der Gemeinschuldnerschaft ist die Insolvenz, die äussere die Konkurseröffnung. Mit der Konkurseröffnung ist der Gemeinschuldner sowie der Konkursverwalter existent geworden. (§ 6 K. O.)

Die Konkurseröffnung ist der Beschluss des Gerichts, dass das Verfahren zu eröffnen ist. Der Beschluss ergeht durch das Amtsgericht, welches für die Eröffnung des Konkurses gem. § 71 K. O. zuständig ist.

Nicht erst mit der Zustellung oder Verkündung oder öffentlichen Bekanntmachung ist der Konkurs eröffnet, sondern mit Unterzeichnung des Konkurs-Eröffnungsbeschlusses durch den Amtsrichter ist die Eröffnung des Konkurses mit all seinen Wirkungen erfolgt. Die Stunde der Eröffnung i. e. der Zeitpunkt der Unterzeichnung des Beschlusses soll darin angegeben sein. Ist das versäumt, so soll als Zeitpunkt der Eröffnung die Mittagsstunde des Tages gelten, an welchem der Beschluss laut Datum desselben erlassen wurde. Es wird also dann präsumirt, dass die Unterzeichnung des Beschlusses in der Mittagsstunde des betreffenden Tages erfolgt sei. Sobald der Beschluss durch den Amtsrichter unterzeichnet ist, gilt der Konkurs als eröffnet, und ist auch der Amtsrichter nicht mehr befugt, irgend eine Abänderung des Beschlusses oder eine Zurücknahme desselben vorzunehmen.

Die Frage, von welchem Moment an der Konkurs als eröffnet gilt, hat zu vielen Meinungsverschiedenheiten Anlass gegeben, und ist die vorstehend gegebene Ansicht von vielen Seiten bestritten.

Die genaue Feststellung des Zeitpunktes, an dem der Konkurs eröffnet gilt, ist von einschneidender Bedeutung für alle Rechtsverhältnisse, welche durch das Konkursverfahren neu geschaffen, mit dem Moment der Konkurseröffnung existent werden.

Nach der genauen Feststellung des Zeitpunkts der Konkurseröffnung richtet sich z. B. die Abgrenzung des Vermögens, welches in die Konkursmasse zu fallen hat. Von dem Moment der Konkurseröffnung ist zu unterscheiden zwischen vor der Konkurseröffnung vorhandenen zur Konkursmasse gehörigen Vermögen und nach der Konkurseröffnung erworbenen neuen, nicht in die Konkursmasse gehörigen, freien Vermögen des Gemeinschuldners.

Mit dem Moment der Konkurseröffnung wird der Schuldner zum konkursrechtlichen Gemeinschuldner, in diesem Moment verliert er die Dispositionsfähigkeit über das bis dahin vorhandene Vermögen, eine Konkurs-Verwaltung mit ihren Rechten und Pflichten wird existent, die Rechte der Gläubiger sind von da an unter sich und gegenüber der Masse, sowie gegenüber dem Gemeinschuldner den gesetzlichen Bestimmungen des Konkursverfahrens unterworfen und erfahren eine genaue Abstufung und Abgrenzung.

Mit einem Wort, die Konkurseröffnung ist eine Scheidewand, welche zwischen das alte und neue Vermögensleben des Gemeinschuldners geschoben wird.

Da somit die Konkurseröffnung der Akt ist, der das gesetzlich geregelte Konkursverfahren mit seinen vielverzweigten, weittragenden neuen Rechtsverhältnissen zur Entstehung bringt, da die Konkurseröffnung die Basis des folgenden materiellen und formellen —

hier nicht gemeint im Sinne des gemeinen Rechts — Konkurses ist, muss es als unerlässlich betrachtet werden, den Zeitpunkt genau feststellen zu können, von wann an die Wirkungen eines Konkursverfahrens eintreten.

Durchdrungen von diesem Einfluss, den die Eröffnung eines Konkurses auf das Rechtsleben ausübt hat die Konkursordnung es für nötig erachtet, durch gesetzliche Anordnung den Zeitpunkt der Konkurseröffnung zu fixieren.

In § 108 bestimmt nun die Konkursordnung:

> Der Eröffnungsbeschluss hat die Stunde der Eröffnung anzugeben. Ist dies versäumt worden, so gilt als Zeitpunkt der Eröffnung die Mittagsstunde des Tages, an welchem der Beschluss erlassen ist.

Durch die etwas kurze Fassung des Abs. 1 des cit. Paragraphen wurden, wie schon erwähnt, verschiedene Kontroversen hervorgerufen[1]).

1.) Die Eröffnung des K. datieren von den Moment an, in welchem die Verkündung des Beschlusses erfolgte. Wengler S. 494 No. 2, Fuchs S. 117, Koenig S. 57, Hullmann S. 249, (dieser mit der Modifikation, dass, wenn Verkündung nicht erfolgt, das Existentwerden nach Aussen durch Zustellung oder öffentliche Bekanntmachung massgebend sein soll.)

Eine Verkündung des Beschlusses ist aber durch die K. O. nicht vorgeschrieben, erfolgt auch in der Praxis niemals. Von den Vertretern dieser Theorie wird auf

---

[1]) Auch im gemeinen Recht waren die Ansichten, wie die Eröffnung des Concurses zu bestimmen ist, geteilt. Wengler § 21, Kori § 94, Dabelow S. 673 ff, haben die Kontroversen ausführlich behandelt. Von letzterem werden folgende Fälle unterschieden:

a) Der Schuldner zeigt dem Gericht seine Insolvenz an. Mit dieser Erklärung beginnt der Concurs zu wirken. Ebenso Kori, ferner die neuere sächsische Praxis, siehe Wengler S. 98.

die Motive hingewiesen, wonach die Eröffnung mit dem Augenblick der Verkündung des Urteils zusammenfällt, wonach erst durch die Verkündung der Beschluss bindende Kraft erhält; dem ist zu entgegnen, dass dieser Satz aus den Motiven des früheren Entwurfes der. K. O. Bd. II. S. 55 — worin, folgend der preussischen K. O., eine mündliche Verhandlung über das Eröffnungsverfahren und eine Verkündung der Entscheidung beabsichtigt war — mechanisch abgeschrieben wurde, obwohl er nach Nichtannahme des vorgeschlagenen mündlichen Verfahrens und der beabsichtigten Entscheidungsverkündung nicht mehr passte. Es können doch folgerichtig für die — grundsätzlich — getroffenen Abänderungen keineswegs die den **nicht** angenommenen Vorschlägen angepassten Auslassungen der Motive Platz greifen.

2) Andere erachten die Zeit der Zustellung des Eröffnungsbeschlusses für massgebend, so Deybeck in Grünhut's Zeitschrift Bd. XVII S. 382, Cosack in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. XXXVII S. 564, Oetker konkursrechtliche Fragen S. 25 ff., konkursrechtliche Grundbegriffe I 75 ff. (mit der Modifikation, dass im Fall der Zustellung — Oetker lässt alternativ Verkündung oder Zustellung zu — an den Gemeinschuldner, und wenn dieser nicht Antragsteller war, auch an den betreffenden Gläubiger, der Antrag stellte, der Richter sich mit Vordatierung helfen müsse).

---

b) Der Richter auf Andringen der Gläubiger oder von Amtswegen den Concurs eröffnend exmittirt den Gemeinschuldner aus seinem Vermögen oder erlässt ein Veräusserungsverbot an den Gemeinschuldner oder versiegelt das Vermögen; so beginnt mit diesen Verfügungen der Concurs. Kori lässt den Concurs beginnen vom Moment der Behändigung des Dekrets betr. das Veräusserungsverbot, sonst stimmt er mit Dabelow überein. Nach neuerer sächsischer Praxis, siehe Wengler S. 99 beginnt der Concurs mit dem Moment, wo der Schuldner aus der Disposition seines Vermögens gesetzt wird.

Eine Befolgung dieser Theorie schliesst die Befolgung der positiven gesetzlichen Vorschriften aus, dass der Eröffnungsbeschluss Tag und Stunde der Eröffnung anzugeben hat; denn im Vorhinaus lässt sich die Stunde der Zustellung nicht bestimmen; es müsste also schätzungsweise die mutmassliche Stunde der Zustellung in den Beschluss eingesetzt werden; diese vorher eingesetzte Zustellungsstunde würde aber mit der wirklichen Zustellungsstunde in praxi in den meisten Fällen nicht übereinstimmen. Um also zuverlässig die Zustellungsstunde anzugeben, müsste sie nachher — nach der Zustellung — vom Richter in den Beschluss eingesetzt werden. Gemäss § 111 K.-O. hat der Gerichtsschreiber sofort — also jedenfalls zugleich mit Hinausgabe zur Zustellung — die Formel des Eröffnungsbeschlusses bekannt zu geben.

Dieser gesetzlichen Vorschrift kann er aber nicht nachkommen, weil er erst die Zustellung abwarten muss, was — bis er den Zustellungsnachweis erhält — einige Tage dauern kann; dann müsste erst der Richter in das bereits zugestellte Eröffnungsbeschluss-Original — welches vorher eine Zeitangabe nicht enthalten kann, da diese erst nachträglich eingesetzt werden soll — die Zustellungsstunde einsetzen, und dann erst kann der Gerichtsschreiber den Eröffnungsbeschluss mit der „richtigen“ Zeitangabe öffentlich bekannt machen.

Mit der öffentlichen Bekanntmachung solange zu warten, stünde doch mit dem „sofort“ in Widerspruch.

Um nachträglich die Zustellungszeit einzusetzen, darf der zuzustellende Beschluss keine Zeitangabe haben,

---

c) Der Richter erlässt nach Kenntnis der Insolvenz des Schuldners nur eine Ediktal-Citation. Concursbeginn ist der Tag der Ediktal-Citation. Ebenso Kori.

d) Der Schuldner ist flüchtig geworden. Concursbeginn mit der Flucht des Schuldners, ebenso Biener *systema processus communis Saxonici* Ed. 2 Lips. 1806 lib. IV; nach Kori beginnt der Concurs mit der Dekretierung der Beschlagnahme des zurückgebliebenen Vermögens; letztere Ansicht theilt die neuere sächsische Praxis Wengler S 99.

wie schon erwähnt. Dass der Zustellungsbeamte eine Zeitangabe in den Beschluss selbst nicht einsetzen darf, braucht nicht weiter erörtert werden.

Es würde also zugestellt der Eröffnungsbeschluss ohne Zeitangabe, öffentlich bekannt gemacht mit Zeitangabe, was gesetzlich unzulässig ist. Zwei Formeln eines Eröffnungsbeschlusses wären vorhanden, von denen keine giltig wäre.

Nach § 111 K.-O. soll der Eröffnungsbeschluss ausser dem Gemeinschuldner auch seinen bekannten Gläubigern und Schuldnern zugestellt werden. Die verschiedenen Zustellungen werden meistens zu verschiedenen Zeiten erfolgen.

Welche Zustellung soll die Zeit der Eröffnung bestimmen? Soll eine bestimmte Zustellung bevorzugt werden, nachdem doch alle nicht berücksichtigt werden können?

Auch dies ist ein Beweis der Unhaltbarkeit der vorstehenden Theorie.

3) Kohler unterscheidet zwischen Perfektion und Unwiderruflichkeit des Beschlusses.

Perfekt ist der Beschluss, wenn er fertig bei den Akten liegt; widerruflich ist er dann noch so lange, als er noch nicht ausserhalb des Gerichtes getreten ist. Ob Letzteres durch Verkündung, Zustellung, öffentliche Bekanntmachung erfolgt, auf eine solche Unterscheidung legt Kohler kein Gewicht.

Kori datiert den Concurs über einen Nachlass von dem Moment, wo die Resolution über die Eröffnung zu Protokoll gebracht worden ist, § 93 d. Ebenso das neuere sächs. Recht s. Wengler S. 101.

Kori lässt ferner dann, wenn ein Streit über die Frage erhoben wird, ob mit Concursprozess zu verfahren sei, den formellen Concurs von der Zeit anfangen, wo die Entscheidung darüber in Rechtskraft überging. Ebenso die neuere sächsische Praxis, s. Wengler S. 102. In Sachsen ging man ehemals so weit, den Anfangspunkt des Concurses auf die Zeit zurückzudatieren, wo der Schuldner einen vergeblichen Vergleich vor Gericht mit seinen Gläubigern versucht hatte. S. Günther S. 79, Wengler S. 98.

Auch Völderndorff Bd. II S. 20 schliesst die Unwiderruflichkeit so lange aus, als der Beschluss nicht die Schwelle des Gerichtes überschritten hat.

L. Seuffert S. 146 lässt dann, wenn der Beschluss verkündet wurde, die Verkündung, sonst die Unterzeichnung massgebend sein. Da er aber auf S. 147 Anm. 7. den Satz aufstellt: „auch der perfekte Beschluss kann, so lange er die Schwelle des Gerichtes nicht überschritten hat, zurückgenommen oder abgeändert werden", lässt er doch nicht die Unterzeichnung, sondern das „Hinaustretten in die Oeffentlichkeit" massgebend sein. (Jäger S. 488 teilt die Ansicht Seuffert's.)

Für Endemann S. 91 f. ist die Zeit massgebend, welche in dem thatsächlich in die Oeffentlichkeit gelangten Beschluss enthalten ist, bezw. sich gemäss Präsumtion des § 108 Abs. 2 K.-O. ergibt. Gleichgültig ist es ihm, wann der Beschluss zu Stande gekommen ist, er hält sich auch gar nicht berechtigt, die Zeitangabe zu prüfen, lässt deshalb eine Prüfung derselben ebensowenig zu, wie eine Beschwerde wegen Wahrheitswidrigkeit der Zeitangabe, wegen Vor- oder Nachdatierung. Nur wegen materieller im materiellen Konkurs liegenden Fragen lässt er eine Anfechtung des Eröffnungsbeschlusses zu. *De facto* ist also auch bei ihm der Beschluss, so lange nicht unwiderruflich, als er nicht in die Oeffentlichkeit gelangt ist.

Auf den ersten Blick möchte man meinen, dass die Statuirung einer Widerruflichkeit des Eröffnungsbeschlusses bis zum Augenblick des „in die Oeffentlichkeit treten" desselben nichts anderes bedeutet als ein Hinausschieben des Termins der Konkurseröffnung bis zur Verkündung, Zustellung, öffentl. Bekanntmachung.

Dem ist aber nicht so; denn nicht ein einheit-

licher Konkurseröffnungstermin soll damit festgesetzt werden, sondern nur eine Abänderung des Beschlusses vor Verkündung etc. soll damit zugelassen werden.

Daraus ergeben sich zwei Fälle:

a) es erfolgt keine Abänderung. Hier bleibt also die im Beschluss enthaltene Eröffnungsstunde aufrecht erhalten. Vom Moment der Unterzeichnung (dieser Zeitpunkt wird ja als Eröffnungszeit eingesetzt) gilt der Konkurs als eröffnet.

b) vor der unterschriebene und dann ausgefertigte Beschluss das Gericht verlässt, wird die Zeitangabe abgeändert, der Beschluss durch einen anderen mit natürlich neuer Zeitbestimmung ersetzt. Nicht die Unterzeichnung, welche zuerst erfolgte, wäre also hier massgebend, die Fixierung der Eröffnungsstunde unterläge vielmehr insoferne dem Einfluss der Zustellung etc., als eben kurz vorher — vor der Bethätigung der Zustellung — der Beschluss noch abgeändert, aufgehoben werden könnte.

Danach könnte die Unterzeichnung der Eröffnungstermin sein, müsste es aber nicht sein. In einem Falle wäre die Unterzeichnung massgebend, im anderen der durch die Zustellung etc. veranlasste Moment, wo der Beschluss in die Oeffentlichkeit gelangt.

Also bis zu diesem Moment wäre vom Augenblick der Unterzeichnung an ein ungewisser Zustand, während dessen man nicht wüsste, ob Konkurs eröffnet ist, oder nicht, bezw. von wann an er eröffnet sein soll. Mit diesem schwankenden Zustand wäre man der Willkür des Amtsrichters überantwortet; dass damit nicht der im § 108 K.-O. gewollten Absicht einer genauen, einheitlichen Zeitbestimmung entsprochen ist, darf man wohl annehmen.

4. Wieder andere erachten den Konkurs für eröffnet in dem Augenblick, in welchem der Beschluss zur Aus-

führung in die Hände des Gerichtsschreibers gelangt, so Meissner S. 278, Stieglitz S. 469f, Wilmowski S. 321 No. 2.

Diese Theorie unterscheidet sich von der vorstehenden nur dadurch, dass der Schwebezustand anstatt bis zum Existentwerden nach Aussen nur bis zur Uebergabe des Beschlusses an den Gerichtsschreiber dauert.

5. Die auch hier vertretene Ansicht, dass die Konkurseröffnung mit dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des Eröffnungsbeschlusses erfolgt, ist jetzt wohl am meisten verbreitet.[1])

Diese Ansicht lässt sich naturgemäss aus den gesetzlichen Bestimmungen entwickeln.

Das Vorbild der heutigen K.O. war die preussische K.O. vom 8. Mai 1855.

In § 821 hiess es dort: Der Zeitpunkt der Konkurseröffnung fällt auf die Stunde, in welcher der Beschluss gefasst worden ist.

Ein äusseres Merkmal der Konkurseröffnung muss doch bestehen. Was ist natürlicher, als sich an den Moment zu halten, wo der Richter seinen Willen, den K. zu eröffnen zum Ausdruck bringt, den Beschluss niederschreibt und als Zeit der Eröffnung eben die Zeit der Nieder- und Unterschrift angibt. Dadurch will er doch den Konkurs eröffnet haben, sonst hätte er den Beschluss nicht niedergeschrieben. Als äusseres Merkmal der Konkurseröffnung muss deshalb auch die Unterzeichnung angesehen werden.

Und ist einmal der Beschluss niedergeschrieben und unterschrieben, so ist der K. unwiderruflich eröffnet, irgend eine Abänderung darf nicht mehr vorgenommen werden. Hieran muss schon um deswillen festgehalten werden, weil dies von weittragendster

[1]) Die Hauptvertreter sind Petersen und Kleinfeller S. 372, Sarwey-Bossert S. 344, Wolff S. 306, Mandry S. 100, Willenbücher S. 155, Meyer S. 184.

Bedeutung sein kann; denn die Konkurseröffnung greift in sonst im Rechtsleben nicht vorkommender Weise in das Vermögen eines Rechtssubjektes ein, mit diesem Zeitpunkt wird für Andere eine neue Rechtslage geschaffen.

Und in fremde Rechte kann nicht willkürlich durch den Amtsrichter eingegriffen werden. *Semel concursus semper concursus,* wenn einmal der K. eröffnet ist, bleibt er eröffnet. Die Zeit der Eröffnung ist festgelegt, an dieser kann der Richter nicht mehr rütteln. Abänderungen und Zurücknahme eines einmal unterzeichneten Beschlusses schliessen sich somit von selbst aus.

Wenn im Uebrigen das Gesetz den anderen Ansichten hätte folgen wollen, so hätte es nicht bestimmt, dass die Zeit der Konkurseröffnung im Beschluss anzugeben sei, sondern es hätte etwa bestimmt, „der Konkurs gilt als eröffnet mit dem Moment der Verkündung, Zustellung, öffentl. Bekanntmachung, Aushändigung des Beschlusses an den Gerichtsschreiber etc."

Bezüglich Zurücknahme des Antrags auf Konkurseröffnung vor und nach Erlassen des Beschlusses siehe Sarwey-Bossert S. 336.

Eine andere Frage ist es, wie die Durchführung der hier vertretenen Ansicht in der Praxis sich verhält.

Hier ist allerdings in den meisten Fällen unkontrollierbar, ob der Beschluss abgeändert wurde oder nicht; man muss sich da auf die Gewissenhaftigkeit des Richters verlassen; jedenfalls ändert dies nichts an dem positiven Recht.

Es soll noch bemerkt werden, dass die Angabe der Eröffnungsstunde im Beschluss nicht der freien Würdigung des Richters unterliegt (anders Endemann), es ist nicht seiner Willkür überlassen, welche Stunde er angeben will, ob vordatieren (was Oetker zugesteht), ob nachdatieren. Der Richter hat zu be-

urkunden, er hat eine Thatsache zu konstatieren und zwar die Stunde des Erlasses, der Unterzeichnung.

Mit dem Moment der Niederschrift und Unterzeichnung des Konkurseröffnungsbeschlusses, bezw. von der entsprechend eingesetzten Eröffnungsstunde an ist aus dem Schuldner der Gemeinschuldner geworden.

Bei einem Eröffnungsbeschluss ohne Angabe der Eröffnungsstunde wird der Gemeinschuldner, ebenso auch der Konkursverwalter mit dem in Abs. II des § 108 K. O. angegebenen Zeitpunkte existent.

Wird auf dem Weg der Beschwerde[1]) ein anderer Zeitpunkt der Eröffnung festgesetzt, so ist dieser dann für das Existentwerden von Gemeinschuldner und Konkursverwalter massgebend.

II. Arten der Gemeinschuldnerschaft.

Die Konkursordnung will mit dem Wort „Gemeinschuldner“[2]) nicht lediglich eine physische Person bezeichnen, sondern sie will hiemit im weiteren Sinn alle Vermögensfähigen, mit Zwangsvollstreckung in ihr Vermögen Verfolgbaren bezeichnen, es mögen diese physische, juristische Personen — wozu auch die in der K. O. besonders genannten Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaft auf Aktien[3]) zu rechnen sind — sein oder

[1]) Die Frage, ob dem Gemeinschuldner Beschwerde zusteht gegen die falsche Zeitangabe oder wegen des Mangels der Zeitangabe im Eröffnungsbeschluss, ferner in welchem Umfang er sie eventuell hat, wird bei Besprechung der ihm zustehenden Rechte behandelt werden.

[2]) Endemann S. 45 definirt den Gemeinschuldner wie folgt:

Gemeinschuldner oder Cridar kann jede Person sein, welche zum Konkurs geeignetes Vermögen besitzt, zahlungsunfähig geworden, der deutschen Gerichtsgewalt und Konkursordnung unterworfen ist.

Zu dieser Definition bemerke ich, dass die Zahlungsunfähigkeit und das der deutschen Gerichtsgewalt und Konkursordnung Unterworfensein wohl bei der Definition wegbleiben können, da diese ja zu den Voraussetzungen der Konkurseröffnung gehören.

[3]) Aktiengesellschaft (Staub S. 542, 633, Sarwey-

Gemeinschaften zur gesamten Hand — hierunter zähle ich auch die in der K. O. besonders aufgeführte offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft [1]), sowie den verklagbaren Verein, — oder ein Nachlass.

Im Einzelnen ist hiezu zu bemerken:

A. Konkurs üder das Vermögen einer physischen Person.

Innerhalb des Geltungsbereichs des Bürgerlichen Gesetzbuches ist jede physische Person, jeder Mensch vermögensfähig.

Dies gilt insbesondere nunmehr auch für die Mitglieder religiöser Orden [2]), dies gilt auch für Ausländer, welche im Ausland vermögensunfähig sind (z. B. Sklaven), hinsichtlich der Rechtsgeschäfte, welche sie auf deutschem Boden schliesen. (Art. 7/III f. G. z. B. G. B.)

Da ferner die Reichsgesetzgebung innerhalb ihres Geltungsbereiches bei Zwangsvollstreckungen nur hinsichtlich des Objektes derselben Beschränkungen zulässt, nicht jedoch hinsichtlich des Subjektes, also keine Person [3]) der Zwangsvollstreckung grundsätzlich ent-

---

Bossert S. 484) und Kommanditgesellschaft auf Aktien (Staub S. 953 ff, Sarwey-Bossert S. 494 — entgegen der herrschenden Ansicht) sind juristische Personen.

[1]) Kommanditgesellschaft ist keine juristische Person, siehe Staub S. 506. Offene Handelsgesellschaft ist keine juristische Person (Staub S. 347, Sarwey-Bossert S. 494.

[2]) Durch Art. 55 E.G: z. B.G.B. wurden die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze ausser Wirksamkeit gesetzt und somit auch die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Klosterpersonen im Interesse der Klöster für vermögensunfähig erklären, sowie auch diejenigen Vorschriften, wonach mit Ablegung des Klostergelübdes der bürgerliche Tod eintritt.

Art. 87 E.G. z B.G.B. betrifft nur die Erwerbs- nicht die Vermögensfähigkeit.

[3]) Nach E.G. z. C.P.O. § 5 sind auch die Landesherren und die Mitglieder der landesherrlichen Familien etc. der Zwangsvollstreckung unterworfen, da hinsichtlich vermögensrechtlicher Ansprüche dritter die Zuständigkeit der Gerichte an sich hier ausgesprochen wurde. Siehe Fuchsberger

zogen ist, so ergibt sich der Rechtssatz, dass innerhalb des Geltungsbereichs der Reichsgesetze über das Vermögen einer jeden[1]) physischen Person der Konkurs eröffnet werden kann.

Ob die physische Person Mann oder Frau, letztere verheiratet oder unverheiratet, Kaufmann[2]) oder Nichtkaufmann ist, ob eine bevormundete Person in Frage steht, dies alles hat für die Eröffnung des Konkurses keine Bedeutung.

Wenn auch die bevormundete Person als Gemeinschuldner erscheint, auch zur Auskunftserteilung, Leistung des Offenbarungseides etc. dann beigezogen werden kann, wenn ihm die dazu erforderliche natürliche und rechtliche Befähigung innewohnt (Endemann S. 50), so sind doch die Rechte und Pflichten von seinem gesetzlichen Vertreter auszuüben; es befreit die eventuelle Auskunftserteilung, Leistung des Offenbarungseides etc. des Bevormundeten den gesetzlichen Vertreter nicht von der gleichen Pflicht.

Der Wegfall des Gemeinschuldners oder dessen gesetzlichen Vertreters unterbricht das Konhursverfahren nicht. Die Gemeinschuldnerschaft des Verstorbenen, sowie des Bevormundeten bleibt bestehen.

Entsch. des R.O.H.G. und R.G. VII. S. 4 f; siehe auch H. Schulze Lehrbuch des deutscheu Staatsrechts (Leipzig 1881) I 188, Max von Seydel, Bayerisches Staatsrecht, II. Auflage, I 184 J. G. Bluntschli, Allgemeines Staatsrecht 6. Auflage II 206, G. Meyer, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts 2. Aufl. S. 205, 206, H. Becher, das rechtsrheinische bayerische Landescivilrecht und Landescivilprozessrecht I 78, 79.

[1]) In Ansehung der Landesherren und der Mitglieder der landesherrlichen Familien etc. ist Konkurseröffnung möglich, siehe von Völderndorff, Kommentar zu § 7 d. E.G. z. K.O. S. 78, 79.

[2]) Ueber die Firma eines Einzelkaufmanns, bezw. nur über sein Geschäftsvermögen kann nicht Konkurs eröffnet werden, da dies einem Sonderkonkurs gleichkäme, wo also Geschäftsgläubiger nur an das Geschäftsvermögen, Privatgläubiger an das Privatvermögen sich halten würden. Ein solcher Sonderkonkurs ist in der K.O. nicht vorgesehen.

Die Rechte und Pflichten sind im ersten Fall von den Erben, bezw. von demjenigen, dem der Nachlass zufällt, auszuüben, im zweiten Fall rückt eben ein neuer gesetzlicher Vertreter an die Stelle des weggefallenen zur Ausübung der Rechte und Pflichten (s. Endemann S. 51). Eine besondere Art des Konkurses über das Vermögen einer physischen Person ist es, wenn über das inländische Vermögen des im Auslande wohnenden Schuldners Konkurs eröffnet wird (§ 238 K. O.) Wenn der Schuldner im Deutschen Reiche eine gewerbliche Niederlassung ohne allgemeinen Gerichtsstand hat, wennn er in Ermanglung dessen im Inlande ein mit Wohn- und Wirtschaftsgebäuden versehenes Gut als Eigentümer, Nutzniesser oder Pächter bewirtschaftet, so umfasst das Konkursverfahren nur das im Inland befindliche Vermögen des Schuldners; ein solcher Konkurs ist deshalb als Partikularkonkurs zu bezeichnen. Das für das Verfahren zuständige Gericht ist das Amtsgericht, in dessen Bezirk das Gut gelegen ist.

§ 238 III erlässt den Nachweis der Zahlungsunfähigkeit zur Eröffnung des inländischen Verfahrens, wenn bereits im Ausland Konkurs eröffnet ist.

Ist aber Konkursvoraussetzung Ueberschuldung (wie beim Nachlass) so kommt § 238 III K. O., wo nur die Zahlungsunfähigkeit behandelt wird, nicht zur Anwendung (so auch Wolff S. 462, 463).

Bei Anfechtungsprozessen (§§ 30, 40 K. O.) ist die Zahlungseinstellung von Bedeutung; hier kann den Beweis derselben nicht die Concurseröffnung im Auslande ersetzen, sondern es muss erbracht werden, ob die Zahlungseinstellung eine allgemeine, im In- und Auslande, war. R. G. XXI. 2.

Der Fall, dass über einen Schuldner im Auslande Konkurs eröffnet wurde, gehört nicht hierher; denn eine ausländische Konkurseröffnung hat für deutsche

Gerichte keine Wirkung. Deswegen hat auch § 237 K. O. bestimmt, dass die Gläubiger des Gemeinschuldners, seien es nun inländische, ausländische, am ausländischen Konkurs Beteiligte oder nicht Beteiligte, die Zwangsvollstreckung in das inländische Vermögen betreiben können. Der Gemeinschuldner existiert als solcher für die inländischen Gerichte nicht, so auch Seuffert S. 32, Wolff S. 460, Sarwey-Bossert S. 517 ff.

B. Konkurs über das Vermögen einer juristischen Person.

Die juristische Person ist als ein selbständiges Rechtssubjekt anzusehen, das in einer den menschlichen Interessen dienenden Organisation besteht.[1])

Das bürgerliche Gesetzbuch kennt an juristischen Personen die rechtsfähigen Vereine (§ § 21, 22) die privatrechtlichen Stiftungen (§ § 80—88) und auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes den Fiskus, die Körperschaften, Stiftungen und Anstalten (§ 89).

Die Zulässigkeit der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen einer Aktiengesellschaft (jurist. Person nach § 210 H.G.B.)[2]) sowie einer Kommanditgesellschaft auf Aktien (jurist. Person nach § 320

---

[1]) Ueber das Wesen der juristischen Personen bestehen die verschiedensten Auffassungen, die verbreitetsten folgen hier: Savigny, Puchta, Unger, Hölder, Windscheid und andre nehmen an, dass die juristischen Personen, da es nur ein Rechtssubjekt, den Menschen, gibt, nur als solche fingirt würden — Fiktionstheorie.

Gierke fasst die juristischen Personen als sociale Organisationen auf, die über die einzelnen Individuen treten und sich von ihnen abheben.

Brinz spricht von Zweckvermögen; das Korperations- und Stiftungsvermögen gehöre hier dem Zwecke, wie sonst dem Menschen.

Ihering erklärt als Rechtssubjekte bei der Stiftung die Interessenten, bei den Personenverbänden die Mitglieder; die Stiftung, der Personenverband ist der allein zur Vertretung befugte Rechtsträger nach Aussen.

[2]) S. Staub S. 633.

H.G.B.)[1]) ist in der Konkursordnung noch besonders statuirt. (§ § 207, 209 K.O.[2])

Um nunmehr über eine juristische Person Konkurs eröffnen zu können, muss zu der in ihrem Wesen begründeten Vermögensfähigkeit hinzukommen, dass sie auch mit Zwangsvollstreckung verfolgbar ist.

Bezüglich der rechtsfähigen Vereine und der privatrechtlichen Stiftungen, sowie der in Anm. 2, S. 27 u. 28, angeführten juristischen Personen besteht kein Zweifel, dass gegen diese Zwangsvollstreckung zulässig ist; bezüglich der juristischen Personen des öffentlichen Rechts dagegen kann nicht allgemein die Zwangsvollstreckung zugegeben werden. § 15 No. 3 des E.G. z. C.P.O. bestimmt, dass die landesgesetzlichen Vorschriften über die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen gegen den Fiskus, eine Körperschaft, Stiftung oder Anstalt des öffentlichen Rechts oder eine unter der Verwaltung einer öffentlichen Behörde stehende Körperschaft oder Stiftung, soweit nicht dingliche Rechte verfolgt werden, unberührt bleiben sollen.

---

[1]) S. Staub S. 953, Makower Kommentar z. H.G.B. 12. Auflage, Band 1, Abth. I, S. 786.

[2]) Ausser den hier genannten Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien werden als juristische Personen in Reichsgesetzen angenommen:

I. Die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften R.G. vom 1. Mai 1889 § 17 (siehe Parisius und Crüger. Kommentar zum Gesetz III. Aufl. S. 134.)

II. Eingeschriebene Hilfskassen R.G. v. $\frac{\text{7. April 1876}}{\text{1. Juni 1884.}}$ § 5.

III. Gewerbliche Hilfskassen, Gewerbeordnung § 140.

IV. Im R.G. betr. die Krankenversicherung der Arbeiter vom $\frac{\text{15. Juni 1883}}{\text{10. April 1892}}$ die Ortskrankenkassen § 25, Betriebs (Fabrik) Krankenkassen §§ 64, 25, die Baukrankenkassen §§ 72, 64, 25.

V. Im R.G. betr. die Handwerker-Novelle vom 26. Juli 1897 (siehe Landmann III. Aufl., Ergänzungsband).
Die Innungen § 86 (S. 34) Innungsausschüsse § 101 (S. 146), Innungsverbände § 104g (S. 197.)

Ueberall da, wo also solche landesgesetzliche Vorschriften die Zwangsvollstreckung ausschliessen könnte ein Konkursverfahren nicht eintreten, da die zweite Voraussetzung des Konkurses, d. i. Verfolgbarkeit mit Zwangsvollstreckung nicht vorläge.

Wenn ferner landesgesetzliche Vorschriften das Konkursverfahren über solche juristische Personen (§ 15 No. 3 E.G. z. C.P.O.) beschränken oder ausschliessen, soll es bei dieser Beschränkung oder Ausschliessung sein Bewenden haben. (art IV E.G. z. Ges. betr. Aenderungen der Konkursordnung.)

Es ist somit den Landesgesetzen der einzelnen Bundesstaaten überlassen, ob sie bei diesen juristischen Personen die Konkurseröffnung ausschliessen oder an besondere Bedingungen knüpfen, ob sie den Umfang der Koncursmasse beschränken wollen u. s. w.

Hiemit ist Reichsrecht unter Landesrecht gestellt.

Ist aber einmal innerhalb des Rahmens des Landesgesetzes Konkurs eröffnet worden, dann steht derselbe unter Reichsrecht; das Reichskonkursrecht

---

VI. Die Versicherungsanstalten im Invaliditäts- und Altersversicherungsgesetz $\frac{22. \text{ Juni } 1889}{8. \text{ Juni } 1891}$ § 44 und im Invalidenversicherungsgesetz vom 13. Juli 1899 § 68 (Kommentar zu letzterem Gesetz von Landmann und Rasp II. Aufl. S. 495.)

VII. Die Berufsgenossenschaften im Gewerbeunfallversicherungsgesetz vom 30. Juni 1900 § 28, bezw. Unfallversicherungsgesetz vom 6. Juli 1884 §§ 9 (jetzt § 28) und 23 (jetzt § 42) im Unfall- und Krankenversicherungsgesetz der in land- und forstwirthschaftlichen Betrieben beschäftigten Personen, § 13 (jetzt § 332), der bei Bauten beschäftigten Personen § 12 (jetzt § 14), der Seeleute und anderer bei der Seeschiffahrt betheiligten Personen § 16 (jetzt § 32).

VIII. Die Gesellschaften mit beschränkter Haftung § 13 R.G. vom 20. April 1892, siehe Parisius und Crüger S. 99 ff.

IX. Die Kolonialgesellschaften § 8 R.G., die Rechtsverhältnisse der deutschen Schutzgebiete betr., 15. Mai 1888.

X. Die kommunalen Verbände in den Schutzgebieten, § 2, Verordnung vom 3. Juli 1899.

ist nun massgebend, das konkursrechtliche Verfahren selbst s. § 4 E.G. z. K.O. erleidet keine Beschränkung. Der Grund des Vorbehalts (in § 15 No. 3 E.G. z. C.P.O. und in Art IV E.G. z. G. betr. Aenderungen der K.O.) ist darin zu suchen, dass die Zwangsvollstreckung und damit auch das Konkursverfahren bei den genannten juristischen Personen mit den öffentlichen Interessen collidieren, dem Allgemeinwol direkt schädlich sein kann.

Sind von Landesgesetzen solche Vorschriften nicht getroffen[1]), so bleibt es bei den Bestimmungen der Konkursordnung und des Reichsrechts. Obwohl man sohin die Möglichkeit des Konkurses über die juristischen Personen des § 15 No. 3 E.G. z. C.PO. annehmen sollte, so wäre diese Annahme hinsichtlich des Fiskus doch falsch; denn über das Vermögen eines Staates könnte trotz alledem niemals Konkurs eröffnet werden; Reichs- und Landesfiskus sind nie konkursfähig.

Oetker konkursrechtl. Grundbegriffe I. S. 69 äussert sich, indem er vorstehende Ansicht begründet: „Die Gleichstellung des Staates in vermögensrechtlicher Beziehung mit Rechtssubjekten des Privatrechts findet im Staatszwecke Ziel und Schranke und geht nicht

---

[1]) Preuss. Allgemeine Gerichtsordnung, Anhang zu §153 I 24 und § 45 und Anhang zu § 242 I 35 § 33; Rescript vom 22. April 1833 über Judengemeinden (Jahrbücher Bd. 41 S. 467) Rescript vom 8. Dezember 1809 über landschaftliche Institute; Rhein. Ressort-Reglement vom 20. Juni 1818 § 25, siehe diesbezüglich die preussischen Gesetze über die Ressortverhältnisse von Oppenhoff Berlin 1863, ausserdem noch verschiedene die Materie behandelnde Justiz-Ministerial-Verfügungen;
Für Bayern s. Ausf.-G. z. C.P.O. art. 9;
Für Württemberg s. Ausf.-G. z. C.P.O. art. 21;
Für franz. Recht s. R.G. III. 337, wonach Konkurs bei völligem Ausschluss der Zwangsvollstreckung freilich unmöglich war.

Für Elsass-Lothringen art. 13 Tit. IIdes Organisations-Ges. vom 16. bis 24. August 1793; Ges. v. 16. Fructidor des Jahres V der Republik; Beschluss des Vollziehungsdirektoriums vom 2. Germinal des Jahres V der Republik.

so weit, dass über das Staatsvermögen Konkurs eröffnet werden könnte. Der Staatsbankrott führt zu wesentlich anderen Massregeln als die Konkurseröffnung.[1])

Auch L. Seuffert S. 70 hält den Konkurs über den Fiskus ausgeschlossen, weil hierdurch die gesammte staatliche Thätigkeit lahm gelegt würde und mit dem Staatszwecke nicht vereinbar wäre. Siehe auch die Zeitschrift für deutschen Civilprozess Bd. 22 S. 495, 496, wo Seuffert unter die in § 15 No. 3 E.G. z. C.P.O. aufgeführten juristischen Personen auch Stiftungen, deren Vermögen von Staatsbehörden verwaltet wird, aufnehmen will, weil die *ratio legis* auch hier zuträfe. Dieser Ansicht wird beizupflichten sein.

Auf Gemeinden und analoge öffentliche Verbände lassen sich vorstehende Ausführungen nicht erstrecken; dass mit dem Staatszweck der Konkurs über das Vermögen von Gemeinden etc. nicht vereinbar wäre, kann nicht angenommen werden, wenn auch die Gemeinden publizistische Aufgaben zu erfüllen haben. Mit der Möglichkeit solcher Konkurse hat das Gesetz auch gerechnet, was aus § 17 E.G. z. K.O. und aus den Motiven Hahn S. 390 zu ersehen ist.

Auch über das Vermögen kirchlicher Korporationen und Institute ist Konkurs juristisch denkbar.

Gemeinschuldner im Konkurs über das Vermögen einer juristischen Person ist diese selbst. Die Organe, die sie im Prozess vertreten, sind auch hier zur Vertretung berufen. Sie haben die Rechte und Pflichten des Gemeinschuldners auszuüben geradeso als ob

---

[1]) Ein Konkurs über einen ausländischen Staat wäre begrifflich denkbar, da Rücksichten auf das Staatsinteresse nicht vorlägen; die Eröffnung wäre wegen Unzuständigkeit der deutschen Gerichte, sowie auch wegen Unmöglichkeit der Zwangsvollstreckung im fremden Staat unmöglich, so auch Seuffert S. 70, dieser lässt den Konkurs über ein im Inland befindliches Vermögensstück des fremden Staates zu, erklärt diesen aber ohne praktische Bedeutung.

sie selbst Gemeinschuldner wären. So L. Seuffert S. 75, Meyer S. 305, Wolff S. 425.

Die allgemeinen Grundsätze über das Concursverfahren haben bei dem Concurs über das Vermögen juristischer Personen nur wenige Abweichungen erfahren. Bemerkenswerth in dieser Beziehung ist:

1) Die Voraussetzungen des Konkurses sind erweitert, indem nicht nur bei Zahlungsunfähigkeit, sondern auch bei Ueberschuldung[1]) das Konkursverfahren einzutreten hat.

2) Die Möglichkeit der Konkurseröffnung ist im Interesse der Gläubiger zeitlich so lange zugelassen, als die Verteilung des Vermögens der bereits aufgelösten juristischen Person noch nicht erfolgt ist. (§ 207 II und § 213 K.O.) Dies trifft auch auf Vereine nach der Entziehung der Rechtsfähigkeit (§§ 43, 73 B.G.B.), auf aufgehobene oder erloschene Stiftungen (§ 86 B.G.B.) zu. Nach § 45 III B.G.B. kann das Vereinsvermögen bei Auflösung an den Fiscus fallen. Gem. § 46 (und § 88 B.G.B. hat der Fiskus das ihm angefallene Vermögen, wie eine Erbschaft zu behandeln. Es müssten deshalb hier auch die Vorschriften der Konkursordnung über Nachlasskonkurs Platz greifen. (§§ 214—235 K.O.) Danach wäre dies also der einzige Fall, wo nach Auflösung des Vereins und bereits vollzogener Vermögensverwendung noch Konkurs über dieses Vermögen zulässig wäre. Allerdings wäre dies nicht mehr

---

[1]) Bei den Genossenschaften des R.G. betr. die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossen (in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898) ist für Eröffnung des Konkurses die Ueberschuldung nur massgebend nach Auflösung der Genossenschaft § 98; als Ausnahme hiervon statuirt § 140, dass bei Genossenschaften mit beschränkter Haftpflicht bei bestehender Genossenschaft die Ueberschuldung, sofern sie ein Viertel der Haftsummen aller Genossen übersteigt, die Konkurseröffnung nach sich ziehen solle.

ein Konkurs über das Vermögen einer juristischen Person, sondern über einen Nachlass.

Zum Falle der Vermögensverteilung gehört auch die Fusion mehrerer juristischer Personen, wo die eine in der anderen vollständig aufgeht. Verschieden hievon ist die Umwandlung einer Gesellschaftsform in eine andere. Gem § 306 H.G.B. ist das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft durch die übernehmende Gesellschaft getrennt zu verwalten und es kann somit, solange diese gesonderte Verwaltung besteht, noch das Konkursverfahren über dieses gesonderte Vermögen, das bereits auf die neue Gesellschaft übergegangen ist, siehe auch Tetzner und Kleinfeller S. 544, eröffnet werden. Es ist dies mit Rücksicht auf das Vermögen der übernehmenden Gesellschaft ein Sonderkonkurs. Die lediglich für Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien § 320[III] H.G.B. bestehenden Bestimmungen des § 306 H.G.B. können auf andere juristische Personen nicht analog angewandt werden.

3) Eine wesentliche Abweichung vom gewöhnlichen Konkursverfahren erleidet das Konkursverfahren bei der juristischen Person hinsichtlich der Vermögensmasse; denn die Gesellschaft hört durch Konkursdurchführung zu existieren auf; es können deshalb die Bestimmungen der C.P.O., wonach im Interesse des Gemeinschuldners bestimmte Gegenstände der Zwangsvollstreckung entzogen sein sollen, nicht hier Platz greifen, sondern das gesammte Vermögen der juristischen Person fällt in die Konkursmasse. Auch die der Einzelzwangsvollstreckung entzogenen Betriebsmittel von Eisenbahngesellschaften fallen in die Konkursmasse

Abs. 2 d. Ges. v. 3. Mai 1886 betr. die Unzulässigkeit der Pfändung von Eisenbahnbetriebsmitteln.[1])

Insbesondere der Konkurs über Aktiengesellschaften.

Die Konkursordnung hat im § 213 für den Konkurs der juristischen Personen auf die entsprechenden Vorschriften der § § 207, 208 K.O. zur Anwendung verwiesen; die K.O. hat sonach eine der bedeutendsten juristischen Personen, die Aktiengesellschaften, herausgegriffen, Vorschriften für diese speziell getroffen und verweist nun bezüglich aller Konkurse juristischer Personen auf diesen Musterfall, weshalb auch hier dieser für die anderen juristischen Personen massgebende Einzelfall näher betrachtet werden soll.

a) Die Konkursordnung hat für die Konkurseröffnung über das Vermögen einer Aktiengesellschaft ausser der Voraussetzung der Zahlungsunfähigkeit auch die Ueberschuldung, das Ueberwiegen der Passiven über die Aktiven, zugelassen. Ueberschuldung wird in den meisten Fällen bei Zahlungsunfähigkeit schon vorliegen, jedoch kann auch die Möglichkeit einer Zahlungsunfähigkeit ohne Ueberschuldung eintreten, wenn zwar noch überwiegend Aktiva vorhanden, solche aber unrealisierbar sind. Mangels baaren Vermögens träte hier Zahlungsunfähigkeit ein. Der Fall, dass der Schuldner zwar noch im Besitz von Baarmittel, aber bereits überschuldet ist, ist bei dem einzelnen Gemeinschuldner wohl der regelmässige Fall, interessiert hier aber nicht.

b) Die Konkursordnung hat auch die Antragsberechtigung der Vorstandsmitglieder und der Liquidatoren (§ 208 K.O.) statuiert, bezüglich der Antragspflicht hat sie Bestimmungen nicht getroffen. Hier hat also das geltende Recht einzusetzen, welches die

[1]) Siehe auch Wilmowski S. 469, 470, Petersen und Kleinfeller S. 543; § 58 No. 3 K.O. betr. Unterstützung des Gemeinschuldners kann hier nicht zur Anwendung kommen.

Frage verschieden behandelt. §§ 240[II], 298[II] des H.G.B. legen den Vorstandsmitgliedern[1]), sowie den Liquidatoren der Aktiengesellschaft, § 325 No. 8 den persönlich haftenden Gesellschaftern, der Kommanditgesellschaft auf Aktien, § 64 des entsprechenden Gesetzes den Geschäftsführern der Gesellschaften mit beschränkter Haftung, § 99 des entsprechenden Gesetzes den Vorstandsmitgliedern der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, die Pflicht auf zum Antrag auf Konkurseröffnung bei Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft; bei den anderen juristischen Personen hat gemäss § 42[II] B.G B. der Vorstand wohl das Antragsrecht bei Zahlungsunfähigkeit, nicht aber die Antragspflicht, welche sich nur auf Ueberschuldung erstreckt.

Nach § 208 K.O. kann ausser jedem Konkursgläubiger[2]) jedes Vorstandsmitglied[3]), jeder Liquidator, jeder für sich Konkurseröffnung beantragen; der Antrag ist zuzulassen, wenn Zahlungsunfähigkeit oder Ueberschuldung glaubhaft gemacht[4]) ist; hierbei sind sodann

---

[1]) Wolff S. 426 gibt dem Prokuristen das Recht des Antrags auf Konkurseröffnung, ohne ihm die Rechte und Pflichten des Gemeinschuldner zu gewähren; nur der Vorstand habe diese, weil die Prokura durch Konkurseröffnung erlösche, siehe Lehmann, Kommentar, Anm. 3 zu § 52 H.G.B.; dieser Ansicht kann nicht beigepflichtet werden, da ausdrücklich dem Vorstand, bezw. den Liquidatoren das Antragsrecht eingeräumt ist und der Prokurist zu diesen Personen nicht zu zählen ist. Der letzteren Ansicht pflichtet bei Petersen und Kleinfeller S. 544, Sarwey-Bossert S. 485, Jäger S. 661.

[2]) Der Aktionär ist — ausser dem Fall bereits festgesetzter, aber noch nicht erhobener Dividende — nicht Gläubiger der Gesellschaft. R.G. XXII 114. Jur. Wochenschrift 1892 S. 165. Die Aktionäre können also eine Konkurseröffnung nicht beantragen, wohl aber hierauf Einfluss üben, indem sie in der Generalversammlung einen Beschluss fassen, welcher dem Vorstand auferlegt, die Konkurseröffnung zu beantragen; siehe auch Jäger S. 661.

[3]) Jedes einzelne Vorstandsmitglied, jeder einzelne Liquidator ist zum Konkurseröffnungsantrag berechtigt, da jeder dafür einzustehen hat §§ 240[II], 298[II], 315 No. 2 H.G.B., ebenso § 99 Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften § 64[II] Gesellschaften mit beschränkter Haftung u. s, w.

[4]) In dem Fall des Konkurses über das Vermögen einer physischen Person bedarf es der Glaubhaftmachung nicht,

die übrigen Mitglieder des Vorstandes oder die Liquidatoren vom Gericht zu hören. Räumen diese die Zahlungsunfähigkeit oder Ueberschuldung nicht ein, so hat das Gericht Ermittlungen zu pflegen gem. § 105^{I}_{I} und 105^{III} K.O.[1]) In gleicher Weise muss man auch jedem Vorstandsmitglied, jedem Liquidator das Recht der Beschwerde gegen den Eröffnungsbeschluss gewähren.

c) Dass die Aktiengesellschaft der Gemeinschuldner ist, dass die Organe, welche Sie im Prozess vertreten, §§ 231, 298^{II} X.G.B., auch hier die Vertreter sind, ist die herrschende Ansicht.[2]) Dass diese Organe nicht selbst Gemeinschuldner sind, sondern nur Vertreter desselben, dies wurde in der Reichstagskommission mit den Worten „Stellvertreter des Gemeinschuldners" (Hahn S. 610) hervorgehoben. Als Vertretern liegen diesen Organen die Pflichten des Gemeinschuldners ob, sie haben auch dessen Rechte.

1) Unter die Pflichten gehören insbesondere die Pflicht der Auskunftserteilung § 100 K.O., zum Verbleiben am Wohnort § 101 K.O., zur Ableistung des Offenbarungseid § 125 K.O. In der Reichstagskommission (Hahn S. 610) wurde von dem Regierungsvertreter Hagens bezüglich § 101 K.O. (Damals § 93) erwähnt, dass er die Vorschrift des Verbleibens am Wohnort nicht unbedingt auf Vorstandsmitglieder anwenden möchte, dagegen

---

wenn der Gemeinschuldner den Eröffnungsantrag selbst stellte, Seuffert S. 145, 146.

[1]) S. Seuffert S. 142, Wolff S. 426, Jaeger S. 482.

[2]) Bezüglich der Kommanditgesellschaft auf Aktien ist dies von denjenigen, welche dieser Gesellschaft die juristische Persönlichkeit nicht zuerkennen, bestritten. Dieselben erachten als Gemeinschuldner die persönlich haftenden Gesellschafter. Burchardt die Feststellung im Konkurse der offenen Handelsgesellschaften S. 65 ff. weist die Rolle des Gemeinschuldners den „in einer Gemeinschaft zur gesamten Hand verbundenen Gesellschaftern" zu, s. Sarwey-Bossert S. 494.

halte er die zwangsweise Vorführung und die Haft für anwendbar.

Petersen und Kleinfeller's Ansicht S. 545, dass die Pflicht am Wohnort zu verbleiben, auf die Vorstandsmitglieder oder Liquidatoren unbedingt anzuwenden sei, nachdem dies die Folge der Auskunftspflicht des § 100 (damals § 92) K.O. sei, ist beizutreten.

Wie schon erwähnt, kann diese die Haft nach §§ 101 II 106 K.O. treffen.

2) Unter den Rechten des Gemeinschuldners, welche die Vorstandsmitglieder oder Liquidatoren im Konkurs auszuüben haben, ist eines der vornehmsten die Berechtigung einen Zwangsvergleich[1]) vorzuschlagen § 173 K.O.

Hierzu sind die Mitglieder des Vorstands und die Liquidatoren nur gemeinschaftlich als der Vorstand, als die Gesammtheit der Liquidatoren berechtigt, was aus §§ 232 und 298 III H G.B. zu entnehmen ist.

Strittig ist, ob der Zwangsvergleich bei Vorliegen von Unzulässigkeitsgründen in der Person eines einzelnen Vorstandsmitgliedes oder Liquidators ausgeschlossen ist.

Seuffert S. 417 hält den Zwangsvergleich für unzulässig, solange eine als ihr Organ fungirende Person wegen des Konkurses flüchtig ist oder den Offenbarungseid verweigert oder wegen einer in der Eigenschaft als Organ begangenen

---

[1]) § 116 I des Gesetzes betr. die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften schliesst den Zwangsvergleich im Konkurs der Genossenschaft aus. Diese gesetzliche Bestimmung beruht in Gründen der Haftung der Mitglieder, Motive zum Gesetz S. 125.

Gemäss Art. II No. 2 Abs. 2 des E.G. z. Ges. betr. Aenderungen der K.O. ist bei den registrirten Gesellschaften des bayer. Ges. v. 29. April 1869 betr. die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschaftsgesellschaften der Zwangsvergleich ausgeschlossen,

Handlung in Untersuchung wegen betrügerischen Bankerotts ist, desgleichen wenn sie wegen einer als Organ begangenen betrüglichen Bankerotthandlung verurtheilt worden ist.

Sarwey-Bossert S. 486., Petersen und Kleinfeller S. 546 lassen den Zwangsvergleich dann nicht zu, wenn von einem der Vorstandsmitglieder oder Liquidatoren die Leistung des Offenbarungseids verweigert wurde; denn die Leistung des Offenbarungseids geschähe für die Gesellschaft durch ihre Vertreter gem. §§ 473, 474, 476, 478 C.P.O.[1]) Dagegen können nach Sarwey-Bossert und Petersen und Kleinfeller die strafbaren Handlungen der Vorstandsmitglieder wie einzelner Aktionäre unter dem Gesichtspunkte des § 188 No. 1 von dem Gerichte berücksichtigt werden und zur Anfechtung des Vergleichs nach § 196 (früher § 182) K.O. berechtigen.

Wolff S. 425, Endemann S. 628, Völderndorff Anm. 6 gehen weiter; da die Vorstandsmitglieder, bezw. Liquidatoren nur die Vertreter der Gesellschaft sind, können auch ihre Handlungen, welche ausserhalb des Konkursverfahrens liegen, aber gleichwohl gewisse rechtliche Wirkungen auf das Rechtsverhältnis der Gesellschaft äussern, für das Konkursverfahren nicht in Betracht kommen; es könne daher ein Zwangsvergleich nicht deshalb unzulässig sein, weil ein Mitglied des Vorstands flüchtig sei, weil er sich weigere, den Offenbarungseid zu leisten, oder wegen Bankerotts bestraft, oder in gerichtlicher Untersuchung sei. Gleichgültig sei es, ob diese Thatsachen die sämtlichen oder nur einzelne dieser Vertreter der Gesellschaft betreffen. Ich schliesse mich nun gleichfalls der herrschenden Ansicht an, dass die Verweigerung des Offenbarungs-

[1]) Ebenso Wilmowski S. 472, Fitting § 52 zu IV.

eides durch ein Mitglied des Vorstands bezw. einen Liquidator einen Zwangsvergleich ausschliesst, gebe aber der Flucht eines solchen Gesellschaftsorganes die gleiche Wirkung, wenn der flüchtig gewordene vorher den Offenbarungseid noch nicht geleistet hatte. Denn in der Flucht ist implicite die Verweigerung des Offenbarungseides enthalten.

Alle anderen Unzulässigkeitsgründe erachte ich für ausgeschlossen, da sich diese ausschliessslich auf strafbare Handlungen beziehen und eine Aktiengesellschaft eine solche niemals begehen kann.

Dass die Lösung der Frage der Ableistung des Offenbarungseides auf prozessrechtlichem Gebiete liege, darauf hat bereits Sarwey-Bossert hingewiesen, indem er auf die prozessrechtlichen Vorschriften hinsichtlich des Eides gesetzlicher Vertreter in §§ 473, 474, 476 und 478 C.P.O. hinwies.

Dagegen liegt die Lösung der Frage, ob ein Zwangsvergleich unzulässig sein soll, wenn nur ein Glied der zur Vertretung berufenen Gesellschaftsorgane die Ableistung des Offenbarungseides verweigert, im Handelsrecht §§ 232, 298 II. H.G.B. bestimmt, dass es zu Willenserklärungen des Vorstands, bezw. der Liquidatoren der Mitwirkung sämtlicher Mitglieder des Vorstands, bezw. sämtlicher Liquidatoren bedarf, sofern nicht im Gesellschaftsvertrag ein Anderes bestimmt ist. Dass nunmehr die Aufnahme einer Bestimmung in die Statuten, etwa: dass ein bestimmtes Vorstandsmitglied bei einem eventuellen Konkurs der Aktiengesellschaft den Offenbarungseid zu leisten habe, *contra bonos mores* ginge, ist ersichtlich; es ginge aber auch gegen die Vorschriften der C.P.O., wonach von den gesetzlichen Vertretern die Eide für den Vertretenen zu leisten sind; einen von den gesetzlichen Vertretern für diese Eidesleistung herauszusuchen und von vornherein dazu aufzustellen, wäre mit den Be-

stimmungen der C.P.O. unvereinbar. Es liesse sich nun eine solche oder eine ähnliche Bestimmung niemals in den Gesellschaftsvertrag aufnehmen, weshalb nach § 232 H.G.B. auch für Ableistung eines Offenbarungseides immer die Mitwirkung der sämtlichen Vorstandsmitglieder bezw. Liquidatoren erforderlich ist.

Die handelsrechtlichen Bestimmungen der §§ 232, 298[II] H.G.B. gelten überhaupt für alle Rechtshandlungen, welche im Konkurs von den zur Vertretung befugten Gesellschaftsorganen vorzunehmen sind. Es richtet sich nach diesen gesetzlichen Bestimmungen, ob es zur Rechtsgültigkeit einer Handlung der Mitwirkung der sämtlichen Vorstandsmitglieder bezw. Liquidatoren bedarf, oder nicht; diese Rechtsverhältnisse erfahren durch die Konkurseröffnung keine Aenderung.

Bezüglich der Kommanditgesellschaft auf Aktien ist in § 211 der Zwangsvergleich ausdrücklich von dem gemeinsamen Vorschlag aller persönlich haftenden Gesellschafter abhängig gemacht worden. Was vorstehend von den Vorstandsmitgliedern und Liquidatoren gesagt ist, gilt in gleicher Weise auch für die persönlich haftenden Gesellschafter (§ 320[III] H.G.B.) Es möge noch Erwähnung finden, dass die Vorstandsmitglieder, persönlich haftenden Gesellschafter (§ 320[III] H.G.B.) Liquidatoren (§ 298[II] H.G.B.), welche im Falle des § 240[II] H.G.B. die Konkurseröffnung zu beantragen haben, den Gläubigern und Aktionären persönlich verantwortlich sind, wenn sie den Eröffnungsantrag unterlassen oder verzögern, ausserdem kann sie die Criminalstrafe des § 315 No. 2 H.G.B. treffen. Im Allgemeinen, wenn nicht andere Sonderbestimmungen getroffen sind, wie z. B. im Gesetz betr. die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften § 99[II], gelten für die juristischen Personen die Bestimmungen des § 42 B.G.B. (im Zusammenhang hiezu steht §§ 86, 89[II] B.G.B.), wonach die Vorstandsmitglieder als Gesamt-

schuldner den Gläubigern und dem Verein (§ 27 B.G.B.) haften.

Die strafrechtliche Folge des § 315 No. 2 H.G.B. darf auf andere juristische Personen, welche solche Sonderstrafvorschriften, wie z. B. §§ 83, 84 des R.G. betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung nicht haben, nicht analog angewandt werden. Nur positive gesetzliche Bestimmungen können im Strafrecht massgebend sein (s. auch § 2 Abs. 1 R.St.G.B.)

Bezüglich der Mitglieder des Vorstands einer Aktiengesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft und der Liquidation dieser Gesellschaften findet bei betrüglichem Bankerott die Sonderbestimmung des § 244 bezw. der §§ 239 bis 241 K.O. Anwendung; siehe unter anderen reichsgesetzlichen Sonderstrafbestimmungen auch §§ 82 und 83 des R.G. betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

d) Auf die Rechte und Pflichten des Konkursverwalters hat es keinen Einfluss, ob der Konkurs über eine physische Person oder eine juristische Person besteht. Von manchen Kommentatoren wird besonders der Fall erwähnt, dass der Konkursverwalter rückständige Einlagen einfordern, Regressansprüche gegen Vorstand und Aufsichtsrat (§§ 241, 249 H.G.B.) geltend machen kann. Als Ausnahmen von der Regel des § 117 K.O. können diese besonders angeführten Rechte nicht behandelt werden.

e) Es erübrigt noch die Wirkungen zu erwähnen, welche die Konkurseröffnung auf die Existenz der Gesellschaft ausübt. Gem. § 292 No. 3 wird durch Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Aktiengesellschaft oder der Kommanditgesellschaft auf Aktien § 320 III die Gesellschaft aufgelöst; nach § 307 II kann sie nach Abschluss des Zwangsvergleichs oder gem. Antrag der Gesellschaft nach erfolgter Einstellung

des Konkursverfahrens fortgesetzt werden. Bezüglich der anderen juristischen Personen ist dies nicht der Fall

Wenn der Eröffnungsbeschluss auf Grund der Beschwerde des Gemeinschuldners (§ 109 K.O), hier der juristischen Person, aufgehoben wird (§ 116 K.O.), so beseitigt diese Aufhebung die durch Eröffnung des Konkursverfahrens verursachte Auflösung des Vereins, und muss dies gem. § 75 B.G.B. von Amtswegen in das Vereinsregister eingetragen werden.

Das ist aber der einzige Fall, wo die erloschene Rechtsfähigkeit des Vereins wieder auflebt. Erfolgt die Aufhebung des Verfahrens auf Grund der §§ 163, 190[1] K.O. oder die Einstellung desselben auf Grund §§ 202, 204 K.O. so wird hiemit die die Rechtsfähigkeit des Vereins vernichtende Wirkung des Eröffnungsbeschlusses nicht berührt. Hieran kann auch ein Vereinsbeschluss, wonach der Verein trotz Konkurseröffnung fortbestehen soll, nichts ändern. Es könnte dies nur als Absicht der Bildung eines neuen Vereins nach Muster des bestandenen angesehen werden, es müsste aber hiefür die Rechtsfähigkeit erst, wie bei jedem anderen existent werdenden Verein gem. §§ 21, 22 B.G.B. erworben werden.[1]) Bei Auflösung der Gesellschaft bleibt jedoch die selbständige Rechtsfähigkeit der Gesellschaft so lange bestehen, als noch Vermögen vorhanden ist. (§ 294 H.G.B.)[2])

C. Konkurs über das Vermögen einer Gemeinschaft zur gesamten Hand.

Die Gemeinschaft zur gesamten Hand[3]) ist ein Gemeinschaftsverhältniss, dessen Trägerin

---

[1]) Neumann, Kommentar z. B.G.B. Bd. I. S. 20, 21, Plank Kommentar z. B.G.B. Bd. I. S. 94. Anderer Ansicht ist Jäger S. 667, welcher die Fortsetzung der alten Gesellschaft zulässt.

[2]) Wolff S. 425, Wilmowski S. 470, Petersen und Kleinfeller S. 544, Sarwey-Bossert S. 484, 485.

[3]) Dieser Rechtsbegriff ist dem römischen Recht fremd. Der Begriff bildete sich aus dem germanischen Familienrechte

eine genossenschaftlich verbundene Personenmehrheit ist.[1])

Zu den Gemeinschaften zur gesamten Hand sind alle Gesellschaften zu rechnen, welche nicht bis zur

---

heraus mit Beziehung auf die nach dem Tode des Vaters fortgesetzte Gütergemeinschaft unter Brüdern; der Begriff wurde bald auch auf die eherechtlichen Rechtsverhältnisse angewandt. Dieser Gemeinschaftsbegriff erhielt später auch für eine Vereinigung fremder Personen Geltung, für bäuerliche Gemeinderschaften, ritterliche Gauerbschaften, für Erbverbrüderungen, für Arbeits- und Erwerbsgesellschaften, für Handelsgesellschaften, für die Rhederei u. a.; s. Gierke deutsches Privatrecht, I 666.

[1]) So Otto Gierke a. a. O. I 663.

Beseler System des deutschen Privatrechts 4. Aufl. S. 275 erklärt die Gemeinschaft zur gesamten Hand, wie folgt: Es findet unter Mehreren eine materielle Rechtsgemeinschaft statt, welche für bestimmte Beziehungen die Grenzen ihrer Persönlichkeit aufgibt und dieselbe gleichmässig über die ihnen gemeinsam gewordene Rechtssphäre erweitert, ohne dass jedoch ein neues selbstständiges Rechtssubjekt in der Vereinigung begründet wird, s. auch a. a. O. §§ 128. 160, 260; Stobbe deutsches Privatrecht Bd. I § 49 S. 433 versteht unter Gemeinschaft zur gesamten Hand, dass mehrere Personen ein Subjekt von Rechtsverhältnissen bilden; man vermeidet die Anteile der Einzelnen zu fixiren und gegen einander abzugrenzen. Nach aussen hin erscheinen die Einzelnen wie ein Individuum, während sich in allen ihren Beziehungen die Individualität der Einzelnen Geltung verschafft. Es liegt eine Gesamtperson vor, welche aus mehreren Personen zusammengesetzt ist, aber keine juristische Person bildet, welche von ihr verschieden wäre, s. auch a. a. O. Bd. II § 81—82.

Gierke, deutsches Genossenschaftsrecht II 929 ff äussert über das Wesen der G. zur gesamten Hand: Nach Aussen zeigt sich das Moment der Einheit darin, dass die verbundene Mehrheit in Bezug auf die von der Verbindung ergriffene Gemeinschaftssphäre im Rechtsverkehr mit dritten als Kollektivganzes aufzutreten vermag; indem ihre Verbindung juristisch relevant, für jeden sichtbar und in einem festen Umkreise wirksam ist, ermöglicht sie eine unmittelbare Vertretung oder Veränderung der Gemeinschaftssphäre durch einen oder mehrere Teilhaber, sobald dieselben in ihrer Verbundenheit oder im Namen der verbundenen Mehrheit kenntlicher Weise auftreten. Das mehrköpfige Subjekt verlangt daher bis zu einem gewissen Grade die Geltung einer Einheit, aber einer Einheit, die nicht eine von der Mehrheit verschiedene, aus deren Potenzirung erwachsene neue Wesenheit ist, sondern einer Einheit, welche die Mehrheit in sich enthält und sie nur durch einfache Summirung für eine Reihe von Beziehungen zusammenfasst. Auch nach Innen vermag der Umstand, dass die Mehrheit in dem Zustand einer besonderen und dauernden

Genossenschaft, oder zum korperativen Verein entwickelt sind.[1])

Es können solche Gesellschaften für ein einzelnes Geschäft bestehen, es können Handelsgesellschaften oder andere Gesellschaften verschiedenster Art sein, immer vorausgesetzt, dass sie sich nicht zur juristischen Person herausgebildet haben.

Das bürgerliche Gesetzbuch hat die Grundsätze der Gemeinschaft zur gesamten Hand angenommen für Gesellschaften (§§ 705 ff), für die allgemeine Gütergemeinschaft der Ehegatten (§§ 1438 ff) für die fortgesetzte Gütergemeinschaft zwischen dem überlebenden Ehegatten und den gemeinschaftlichen Abkömmlingen (§§ 1483 ff), für die Erungenschaftsgemeinschaft der Eheleute (§§ 1519 ff), für die Fahrnissgemeinschaft unter Ehegatten (§ 1549)[2]), für die Erbengemeinschaft der Miterben (§§ 2032 ff). So die Kommentare.)

Das B. G. B. lässt das Gesellschaftsrecht der §§ 705 ff, also damit die Grundsätze der Gemeinschaft zur gesamten Hand, auch auf die nicht rechtsfähigen Vereine (§ 54 B. G. B.), auf nicht anerkannte ausländische Vereine (art. 10 G. z. B. G. B.) ausdehnen;

Verbundenheit als Subjekt der Gemeinsphäre gesetzt wird› das Gemeinschaftsverhältnis im Sinne des Einheitsprinzips zu modifizieren. Denn auch hier fällt ja nicht nothwendig die gemeinsame Sphäre in das Gemeinschaftsgebiet mehrerer freier Individualwillen, sondern sie kann das Gebiet der von vornherein in bestimmter Weise an und durcheinander gebundener Willen bilden. Und so entsteht möglicherweise eine das Individualrecht in den Hintergrund drängende Rechtssphäre, in welcher zwar immerhin kein von dem Einzelwillen abgetrennter korporativer Einheitswille, wohl aber der aus einer festen und dauernden Zusammenfassung der Einzelwillen resultirende vereinigte Willen herrscht, s. die weiteren Ausführungen a. a. O. 930 ff. und Gierke deutsches Privatrecht I S. 674.

[1]) Gierke Genossenschaftsrecht II. Bd. S. 945.

[2]) Bezüglich der ehelichen Gemeinschaft bemerkt Gierke d. P.R. I 670, dass sie sich als Vermögensgemeinschaft zur gesamten Hand entfaltet in dem Masse, in dem Gütergemeinschaft besteht.

das Gesellschaftsrecht kommt ferner zur Anwendung bei den sogen. Gelegenheitsgesellschaften des alten H. G. B. art. 266—270 (in das neue H. G. B. nicht aufgenommen.)

In Sonderregelungen ist der Charakter der Gemeinschaft zur gesamten Hand zum Ausdruck gekommen bei der offenen Handelsgesellschaft des H. G. B. §§ 105—160, bei der KommanditGesellschaft[1]) d. H. G. B. §§ 161—177, bei der stillen Gesellschaft des H. G. B. §§ 335—342 und bei der Rhederei des H. G. B. §§ 489—510.

Die Gemeinschaft zur gesamten Hand ist rechts-, partei- und prozessfähig, ein Teilhaber kann zum Gemeinschaftshaupt zur Vertretung nach aussen erhoben werden, ohne dass der Gesammtheit die oberste Stelle entzogen wird, das Gemeinschaftsvermögen haftet vorerst für die Schulden der Gemeinschaft und dann erst für die persönlichen Schulden der Gemeinschafter.

Es ist nun die Möglichkeit der Konkurseröffnung über die offene Handelsgesellschaft und über die Kommanditgesellschaft (§§ 209—212) K. O., über die verklagbaren, nicht mit juristischer Persönlichkeit ausgestatten Vereine des § 54 B. G. B. (§ 213 K. O im Zusammenhang mit § 50 II C. P. O.) über das Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§ 236 K. O.) und über den mehreren Erben gehörigen Nachlass (§§ 235, 230 I, 217 II, 216 II K. O. § 2032 B. G. B.) von der Konkursordnung ausdrücklich festgesetzt. Damit ist aber die Möglichkeit der Konkurseröffnung

[1]) Hinsichtlich der rechtlichen Natur folgt die Kommanditgesellschaft der offenen Handelsgesellschaft.

Es bezeichnete die offene Handelsgesellschaft Laband als eine römische *societas* und Kohler, Eccius als juristische Person; als deutschrechtliche Gemeinschaft zur gesamten Hand wird sie heute anerkannt von Gierke, deutsches Privatrecht I 670 No, 36, Canstein § 25, Cosack Lehrbuch des Handelsrecht 5. Aufl. S. 527. Jaeger, der Konkurs der offenen Handelsgesellschaft S. 63.

über andere Gemeinschaften zur gesamten Hand nicht ausgeschlossen; denn nachdem festgesetzt, dass die Gemeinschaft zur gesamten Hand ein Gemeinschaftsvermögen besitzen kann, also vermögensfähig ist, ferner gegen dieses Gemeinschaftsvermögen Zwangsvollstreckung für die Gemeinschaftsgläubiger zulässig ist, somit also die allgemeinen Voraussetzungen des § 1 K. O. für Anwendung eines Konkursverfahrens vorliegen, so besteht kein Anlass, den Konkurs über das Vermögen solcher Gemeinschaften nicht zuzulassen mangels einer gesetzlichen Vorschrift[1]), wonach das Konkursverfahren hier ausgeschlossen oder beschränkt sein soll.

Es braucht also z. B. hinsichtlich der Gesellschaft nicht der Beweisführung, dass deshalb über ihr Gesellschaftsvermögen Konkurs eröffnet werden kann, weil der verklagbare, nicht mit juristischer Persönlicheit ausgestattete Verein (§ 54 B. G. B.) als Gesellschaft zu behandeln ist, und sohin auch rückschliessend nicht nur die Bestimmungen der Gesellschaft auf diese Vereine, sondern auch die Bestimmungen dieser Vereine, also auch die des § 213 K. O., die Konkurseröffnung über den Verein betreffend, auf die Gesellschaften Anwendung finden müssen, was ja ohne Zweifel richtig ist. Auch ohne die gemäss diesem Rückschluss anwendbaren Bestimmungen des § 213 K. O. wäre die Konkurseröffnung über das Vermögen der Gesellschaft als einer Gemeinschaft zur gesamten Hand möglich.

---

[1]) L. Seuffert S. 74 will auch die Vorschrift des Art. IV E.G. z. K.O. hinsichtlich der Konkursmöglichkeit bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts für die Gemeinschaften zur gesamten Hand zur Anwendung bringen, da auch bei den öffentlich rechtlichen Gemeinschaften Gründe der Beschränkung der Konkursmöglichkeit zutreffen können. Zur Ausdehnung dieser Vorschrift auf die Gemeinschaften zur gesamten Hand bietet das Gesetz keine Handhabe und darf eine solche beschränkende gesetzliche Bestimmung im Konkursverfahren nicht extensiv interpretirt werden. Gierke, Genossenschaftstheorie S, 489.

Gemeinschuldner im Konkurs über das Vermögen einer Gemeinschaft zur gesamten Hand ist die Gemeinschaft selbst, die Rechte und Pflichten des Gemeinschuldners treffen die Gemeinschafter. [1])

L. Seuffert S. 75 lässt die Gemeinschafter Gemeinschuldner sein. [2])

Zur Begründung der Ansicht, dass die Gemeinschaft der Gemeinschuldner ist, mag vorgebracht werden, dass solche Gemeinschaften ohne juristische Persönlichkeit wie Rechtssubjekte eigenes Vermögen haben, in ihrem Vermögen mit Zwangsvollstreckung verfolgbar sind, warum soll im Falle des Konkurses von dieser Absicht abgewichen werden, solche Gemeinschaften wie Rechtssubjekte zu behandeln und sie das bleiben zu lassen, was sie ausserhalb des Konkurses sind.

Ferner ist auch ein grundlegender Satz der Konkursordnung, dass ein Konkurs über mehrere Schuldner nicht eröffnet werden kann. Ueber diese Schwierigkeit sucht Jäger a. a. O. S. 68 hinweg zu kommmen, indem er sagt, dass die Gesellschafter den Gemeinschuldner im Gesellschaftskonkurs darstellen. Oetker a. a. O. I 74 f. hält eine Mehrheit von Gemeinschuldnern nur für möglich, wenn für alle diese der Konkursgrund gleichmässig und gleichzeitig vorhanden ist, alle Gläubiger gemeinsam zu ihrer Befriedigung auf einen Vermögenskomplex angewiesen sind, der

---

[1]) So auch Endemann S. 46, 47. Wolff S. 427, Oetker konkursrechtliche Grundbegriffe I 145 No. 3, welche jedoch nur den Fall der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft im Auge haben.

[2]) So auch hinsichtlich der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft Burchardt. die Feststellung im Konkurs der offenen Handelsgesellschaft S. 65 ff, Jaeger, der Konkurs der offenen Handelsgesellschaft S. 61 ff, Sarwey-Bossert S. 494; Petersen und Kleinfeller S. 573 E., Canstein I S. 604, Francke der Konkurs der offenen Handelsgesellschaft nach österreich. Recht S. 36 ff., Lastig in Endemann's Handbuch I 399, Fuchs S. 162, Jaeger Kommentar S. 671.

im Miteigentum des Cridar steht; es kann aber auch ein solcher Ausnahmsfall, wo eine Mehrheit von Gemeinschuldnern denkbar wäre, nicht zugelassen werden, es müsste eben in diesem Fall eine Reihe von Konkursen über die einzelnen Cridare eröffnet werden, wobei sich im Verlauf derselben alle Konkurse einheitlich abspielen könnten, aber nicht müssten; denn einem einzelnen dieser Gemeinschuldner könnte möglicherweise die Durchbringung eines Zwangsvergleichs gelingen, den anderen nicht.

Wenn sich auch Jäger a. a. O. S. 67 auf die Motive bezieht, worin die offenen Handelsgesellschafter als einzelne Gemeinschuldner aufgefasst sind, für den Fall, dass eine juristische Person nicht vorliege (Mot. Hahn S. 395), so kann trotzdem dieser Auffassung, welche im Gesetz selbst Ausdruck nicht gefunden hat, als mit der grundlegenden Bestimmung, dass ein Konkurs über mehrere Schuldner nicht eröffnet werden kann, im Widerspruch stehend, nicht beigepflichtet werden.

Wenn die einzelnen Gemeinschafter als Gemeinschuldner anzusehen sind, so treffen sie auch alle Folgen der Gemeinschuldnerschaft, sie erleiden also auch die dem Gemeinschuldner treffende Einbusse gewisser staatsbürgerlicher Rechte. Um nun konsequent die Ansicht der mehrköpfigen Gemeinschuldnerschaft durchzuführen, muss nun Jäger S. 85—87, wenn auch widerstrebend, diese Einbusse annehmen.

Hätte das Gesetz die Mehrköpfigkeit gelten lassen, wollen, so hätte es besondere gesetzliche Bestimmungen hiefür, insbesondere mit Rücksicht auf die hier cessierenden staatsbürgerlichen Nachteile treffen müssen.

Die Vertretung des Gemeinschuldners hinsichtlich Rechte und Pflichten trifft die Gemeinschafter, wenn sie die Geschäfte gemeinschaftlich führen; ist die

Führung der Geschäfte einem Gesellschafter, oder mehreren Gesellschaftern, oder einem sonst zur Prozessvertretung bestimmten Organ übertragen, so werden diese regelmässig gemeinschuldnerische Rechte und Pflichten ausüben, ohne dass aber hiemit ausgesprochen werden will, dass die anderen Gemeinschafter in diesem Fall als Vertreter des Gemeinschuldners nicht in Betracht kommen könnten, wie z. B. beim Zwangsvergleich, der auch bei Verweigerung des Offenbarungseides durch einen sonst zur Geschäftsführung nicht berufenen Gemeinschafter unzulässig ist.

Die staatsbürgerlichen Rechte, deren der Gemeinschuldner als solcher mit Konkurseröffnung teilweise während des Konkursverfahrens verlustig wird, bleiben diesen Vertretern des Gemeinschuldner voll und ganz erhalten.

Wo ferner strafrechtliche Sondervorschriften für die Geschäftsführer von Gemeinschaften zur gesamten Hand nicht bestehen, bleibt es bei den allgemeinen Bestimmungen des R. Strafgesetzbuch.

Eine Eigentümlichkeit des Konkurses über das Vermögen einer Gemeinschaft zur gesamten Hand besteht:

1.) Vor allem darin, dass nicht ein Universal-, sondern ein Partikularkonkurs vorliegt; denn da das Vermögen der Gemeinschaft nicht einem von den Gemeinschaftern getrennten Rechtssubjekt, sondern den Gemeinschaftern gehört, so muss ein solcher Konkurs ein Sonderkonkurs genannt werden, da mit Ausnahme des Gemeinschaftsvermögen anderes Vermögen der Gemeinschafter vom Konkursverfahren nicht erfasst wird. Gleichgültig ist, ob die Gemeinschafter mit ihrem Privatvermögen für die Gemeinschaftsschulden solidarisch, anteilsweise, primär, subsidiär haften, deswegen wird deren Privatvermögen

nicht in den Gemeinschaftskonkurs hereingezogen, deswegen muss nicht auch der Konkurs über das Privatvermögen der Gemeinschafter ausbrechen, obwohl dies häufig der Fall sein wird und gleichzeitiger Gemeinschafts- und Gemeinschafterkonkurs vorkommen kann. Auch die Konkurseröffnung über den einzelnen Gemeinschafter muss nicht die Konkurseröffnung über das Gemeinschaftsvermögen nach sich ziehen; sein Recht an der Gemeinschaft gehört lediglich zur Konkursmasse des Gemeinschafters. Zu seinen, seine Konkursmasse belastenden Verpflichtungen kann auch gehören, dass Gemeinschaftsgläubiger Gemeinschaftsschulden, wofür der Gemeinschafter persönlich haftet, in dessen Konkurs anmelden dürfen, obwohl sie auch in dem Gemeinschaftsvermögen Befriedigung suchen können. Diese Wechselsbeziehungen zwischen Gemeinschafts- und Gemeinschafterkonkurs ändern aber nichts an dem Grundsatz, dass der Gemeinschaftskonkurs als Sonderkonkurs lediglich das Gemeinschaftsvermögen umfasst.

Eine Folge des Partikularkonkurses ist es auch, wenn an demselben nur Gemeinschaftsgläubiger, nicht auch die Privatgläubiger der Gemeinschafter teilnehmen können. Die Gläubiger des Gemeinschafters haben überhaupt mit der Gemeinschaft gar nichts zu thun, ihr einziges Recht besteht darin, dass sie den Anteil des Gemeinschafters pfänden lassen können. Wenn sie auch hiedurch Einfluss auf die Gemeinschaft zur gesamten Hand erlangen können, so werden sie dadurch doch nicht Gemeinschaftsgläubiger.

2) Dass zu den Konkursvoraussetzungen auch Ueberschuldung zugelassen ist, bestimmt die Konkursordnung nur für die verklagbaren Vereine ohne juristische Persönlichkeit (§ 213 und 207[1] K.O.), für den Konkurs über das Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§§ 236 und 215 K.O.) und über den

mehreren Erben gehörigen Nachlass (§§ 235 und 215 K.O.). Auch bei den Gesellschaften des bürgerlichen Gesetzbuch §§ 705 ff. muss Ueberschuldung als Konkursvoraussetzung zugelassen werden, gem. § 54 B. G B., §§ 213 und 207[1] K.O.

Ueber alle anderen Gemeinschaften zur gesamten Hand, für die besondere Bestimmungen nicht getroffen sind, ist Konkurseröffnung nur zulässig bei Vorliegen von Zahlungsunfähigkeit gem. § 102 K.O.

3) Für die Möglichkeit der Konkurseröffnung, wenn die Gemeinschaft bereits aufgelösst, aber das Gemeinschaftsvermögen noch nicht verteilt ist, gilt dasselbe wie bei der juristischen Person. Ein Fall der Fusion ist mangels juristischer Person nicht denkbar. Wenn eine Gesellschaft die andere in sich aufnimmt und die Gesellschafter der aufgenommenen Gesellschaft bei sich beteiligen will, so muss auch für die übernehmende Gesellschaft ein neuer Gesellschaftsvertrag stipulirt werden, wodurch eine neue Gesellschaft, unterschieden von der übernehmenden und übernommenen entsteht.

4) Auch bei den Gemeinschaften zur gesamten Hand gehört das gesamte Gemeinschaftsvermögen in die Konkursmasse, es treten also auch hier, wie bei den juristischen Personen die diesbezügliche, die Zwangsvollstreckung beschränkende Vorschriften der C.P.O. nicht ein. Auch § 58 No. 3 K.O. betreffend Unterstützung des Gemeinschuldners kommt hier nicht zur Anwendung (a. M. Jaeger a. a. O. S. 80 No. 8.) — Nur bezüglich der familienrechtlichen Gemeinschaften zur gesamten Hand und der Erbengemeinschaft bleibt es bei den diesbezüglichen Beschränkungen der Zwangsvollstreckung.

Wie schon oben erwähnt hat die Konkursordnung hinsichtlich einiger Gemeinschaften zur gesamten Hand besondere Bestimmungen getroffen, welche hier Erwähnung finden sollen. Der Fall der Rhederei ist

in der Konkursordnung nicht besonders aufgeführt, wird aber im H.G.B. eingehender behandelt und soll deshalb auch hier in seinen konkursrechtlichen Beziehungen besondere Berücksichtigung finden.

a) Die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft.

Für die offene Handelsgesellschaft kommen die Vorschriften der Konkursordnung §§ 209—212 zur Anwendung.

1. Konkursgrund kann danach lediglich nur Zahlungsunfähigkeit sein, Konkurseröffnung ist wie bei anderen Gemeinschaften zur gesamten Hand solange zulässig, als die Vermögensverteilung noch nicht vollzogen ist. Die Konkursmasse ist lediglich das Gesellschaftsvermögen, welches scharf von dem Privatvermögen der Gesellschafter abzutrennen ist.[1]) Es lässt diese Trennung der Vermögensmassen schon ihre Bedeutung in ihrer formellen Wirkung erkennen, indem Privatgläubiger des persönlich haftenden Gesellschafters niemals Gesellschaftskonkurs beantragen können, ausser sie sind durch ein Rechtsgeschäft mit der Gesellschaft deren Gläubiger geworden.

Es lässt sich oft schwer unterscheiden, welche Geschäfte vom persönlich haftenden Gesellschafter für die Gesellschaft, welche für seine eigene Person geschlossen wurden. Hier die richtige Unterscheidung zu treffen, welches Geschäft dem Gesellschaftskonkurs zu unterliegen hat, welches Geschäft nur den persönlich haftenden Gesellschafter angeht, ist Sache der Prüfung durch Konkursverwalter, hier setzt das Bestreitungsrecht der einzelnen persönlich haftenden Gesellschafter ein, wovon unten gesprochen wird.

---

[1]) S. Motive S. 450, 451, bei Hahn S. 396—98, R.G, VII 88, XXIX 311, XXX 34, L. Seuffert S. 73, Sarwey-Bossert S. 494, Cosack Handelsrecht S. 567, 585, 699. Jaeger, der Konkurs der offenen Handelsgesellschaft 101 ff. Kommentar S. 674.

Nur die Gesellschaftsaktiva kommen also als Teilungsmasse in Betracht, nur die Gesellschaftsschulden bilden die Schuldenmasse.

2. Ebenso wie bei Aktiengesellschaften steht ausser den Gesellschaftsgläubigern jedem persönlich haftenden Gesellschafter und jedem Liquidator[1]) das Recht zu, die Konkurseröffnung zu beantragen. Bei Kommanditgesellschaft ist somit der Antrag eines Kommanditisten auf Konkurseröffnung für unwirksam erklärt[2]). Der von nicht allen persönlich haftenden Gesellschaftern oder allen Liquidatoren gestellte Antrag auf Konkurseröffnung muss hinsichtlich der Zahlungsunfähigkeit glaubhaft gemacht werden. Die bei dem Antrag nicht beteiligten Gesellschafter oder Liquidatoren sind gem. § 105 II und 105 III K.O. vom Gericht zu hören. Ebenso steht jedem persönlich haftenden Gesellschafter und Liquidator die Beschwerde gegen die Eröffnung des Konkursverfahrens zu, auch wenn der Beschluss auf seinen Antrag ergangen ist.[3])

3) Dass die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft der wirkliche Gemeinschuldner ist, die persönlich haftenden Gesellschafter und die Liquidatoren nur für die Gemeinschuldner dessen Rechte und Pflichten haben, ist schon erwähnt worden.

a) Diese Organe der Gesellschaft haben in gleicher Weise und innerhalb der Grenzen der ihnen vor Konkurseröffnung zustehenden Vertretungsmacht auch nach der Konkurseröffnung die Interessen der Gesellschaft wahrzunehmen und hiezu gehören auch die von ihnen auszuübenden Rechte und ihnen ob-

---

[1]) Auch diesem ist das Recht zuzugestehen, nachdem die Konkurseröffnung über eine in Liquidation befindliche Gesellschaft zugelassen ist §§ 209 II, 207 II K.O.

[2]) S. die Ausführungen in den Motiven S. 447, 448 (Hahn S. 395).

[3]) J. W. 1895 S. 484, Wolff S. 428, Kraewel in Busch's Zeitschrift XL 140, Kohler S. 543 a. M. Jaeger der Konkurs der offenen Handelsgesellschaft S. 71, Kommentar S. 672, Endemann § 22 Anm. 19.

liegenden Pflichten ihrer Vollmachtsgeberin, des Gemeinschuldners.

Sind Liquidatoren gem. § 150 H. G. B. bestellt, so sind diese die Vertreter des Gemeinschuldners; mangels entgegenstehender Bestimmungen können sie nur gemeinsam handeln.

Hatten persönlich haftende Gesellschafter die Vertretung gemeinsam zu bethätigen, so können sie auch im Konkurs nur gemeinsam handeln, war jeder für sich zur Vertretung berufen, so kann jeder Vertreter rechtsverbindlich für die Gesellschaft im Konkurs Erklärungen abgeben. (§ 115 H. G. B.)

Wenn also einer derselben gegen die angemeldeten Forderungen Widerspruch erhebt, so äussert dies seine Wirkung auch zu Gunsten der anderen Gesellschafter; es kann auf Grund der im Gesellschaftskonkurs festgestellten und in die Tabelle eingetragenen Forderung eines Gläubigers eine Zwangsvollstreckung gem. §§ 164 II und 194 K.O. in das Privatvermögen keines einzigen Gesellschafters erfolgen. [1])

b) Wie bei der Aktiengesellschaft die Vorstandsmitglieder und Liquidatoren, so haben hier die persönlich haftenden Gesellschafter und Liquidatoren die Pflicht der Auskunftserteilung, des Verbleibens am Wohnort, der Ableistung des Offenbarungseides, es kann auch sie die Haft treffen u. s. w.

c) Bezüglich des Zwangsvergleichs hat die K.O. ausdrücklich in § 211 I ausgesprochen, dass ein solcher nur auf Vorschlag aller persönlich haftenden Gesellschafter geschlossen werden kann. Nöthig wäre diese Vorschrift nur deshalb, weil die K.O. die Frage über die rechtliche Natur der vorliegender Gesellschaften nicht entscheiden wollte, denn dass be

[1]) Siehe Jaeger, der Konkurs der offenen Handelsgesellschaft S. 73—80.

einer Gemeinschaft zur gesamten Hand, bei welcher der Einzelwille zur Geltung kommen muss, der Vorschlag von allen Gemeinschaftern ausgehen muss, nachdem der Vergleich sie alle betrifft, ist nicht zweifelhaft.

Nicht nur der Vorschlag muss von Allen gemeinschaftlich ausgehen, sondern es müssen auch bei dem ganzen Zwangsvergleichsverfahren die persönlich haftenden Gesellschafter einheitlich und gemeinsam ihre Erklärungen, z. B. die Beschwerde wegen Verwerfung des Zwangsvergleichs aus § 189 K.O. [1]) zum Ausdruck bringen, sofern solche von Wirkung sein sollen. Dass der Vergleichsvorschlag mindestens bis zu dem Moment, wo die Gläubiger sich über Annahme oder Ablehnung desselben erklären, noch als einheitlicher Antrag vorliegen muss — die Zurücknahme des Antrags gestattet § 176 K.O. — ist selbstverständlich.

Kontrovers ist nun wie bei der Aktiengesellschaft auch hier die Frage, inwieweit die Flucht, der betrügliche Bankerutt, die Verweigerung des Offenbarungseides auf die Zulässigkeit des Zwangsvergleichs wirken. Ich halte auch hier die bei der Aktiengesellschaft ausgesprochene und begründete Ansicht, dass die Verweigerung des Offenbarungseides durch ein Mitglied des Vorstands, bezw. einen Liquidator, bezw. die Flucht eines solchen, der den Offenbarungseid noch nicht geleistet hatte, auf die offene Handelsgesellschaft bezw. Kommanditgesellschaft für anwendbar mit der Modifikation, dass hier nur persönlich haftende Gesellschafter in Betracht kommen.

Ich verweise auf die diesbezügliche Ausführung und Begründung bei der Aktiengesellschaft.

d) Eine wichtige Folge des Zwangsvergleichs ist in § 211 II K.O. enthalten, wonach der Zwangs-

[1]) Ebenso Voelderndorff II 691 b, Jaeger. Kommentar S. 675.

vergleich, soweit er nicht Anderes festsetzt, zugleich den Umfang der persönlichen Haftung der Gesellschaft begrenzt. [1])

Ohne eine solche Bestimmung wäre das Interesse der persönlich haftenden Gesellschafter am Zustandekommen des Zwangsvergleichs im Gesellschaftskonkurs ein geringes; denn auf der einen Seite wäre der Zugriff der Gläubiger beschränkt durch den Vergleich, auf der anderen Seite könnten sich sodann die Gläubiger für den ihnen durch den Vergleich entstehenden Ausfall an das Privatvermögen der persönlich haftenden Gesellschafter halten. Der Zwangsvergleich spricht also — wenn nicht Anderes festgesetzt ist — einen Verzicht auf den durch den Zwangsvergleich nicht gedeckten Mehranspruch der Gläubiger aus, sowohl gegenüber der Gesellschaft, als auch gegenüber den persönlich haftenden Gesellschaftern. Die Haftungsbeschränkung des § 211 II K.O. kommt auch dem vor Konkurseröffnung ausgeschiedenen Gesellschafter zu Gute. [2])

e) Die Ahndung eines Konkursvergehens eines persönlich haftenden Gesellschafters ist in der K.O. nicht vorgesehen und es müssen deshalb ebenso

---

[1]) Die frühere Fassung in der K.O. (§ 200 II) wurde in die jetzige Fassung umgeändert, um die Ausdrucksweise mit derjenigen des Bürgerlichen Gesetzbuches und des Handelsgesetzbuches in Einklang zu bringen.

[2]) So R.O.H.G. XV 204 ff, R.G. XXXV 11 ff, Hahn Kommentar z. H.G.B. (4. Aufl.) S. 568 Anm. 8, Kohler Leitfaden zum Konkursrechte S. 195 ff., Jaeger der Konkurs der offenen Handelsgesellschaft S. 163 ff., Kommentar S. 676 f, R.O.H.G. X 57 und R.G. XXIX 38 lassen dem ausgeschiedenen Gesellschafter die Haftungsbeschränkung nicht zu, ebenso Wolff S. 429, 430, da der ausgeschiedene Gesellschafter nur noch Gläubiger der Gesellschaft sei. Er könne deshalb am Vergleichsvorschlage sich nicht beteiligen, da er nicht mehr Gesellschafter sei; es wirke also die Reduktion der Schulden auf den Umfang seiner persönlichen Haftungen nicht ein.

Dem hält Jaeger mit Recht entgegen, dass der Vergleich *in rem* auf die Schuld der Gesellschaft wirke und deshalb auch all denen zu Gute kommen müsse, die für die

wie bei den anderen Gemeinschaften zur gesamten Hand mangels sonderrechtlicher Bestimmungen auf die für das Konkursvergehen anwendbaren Vorschriften des R. St. G. B. verwiesen werden. Jaeger a. a. O. S. 81 ff. findet darin, dass in § 244 K.O. neben den Mitgliedern des Vorstands einer Aktiengesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft, sowie neben den Liquidatoren einer Handelsgesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft der persönlich haftenden Gesellschafter keine Erwähnung gethan ist, ein Hauptargument für die von ihm vertretene Theorie, dass die offene Handelsgesellschaft nicht der Gemeinschuldner ist, sondern dass dies die persönlich haftenden Gesellschafter sind.

Auch Wolff S. 474 lässt sich durch den § 244 K.O. zu der Inkonsequenz hinreissen, die persönlich haftenden Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft als Gemeinschuldner zu erklären, während er auf S. 427 die Gesellschaften Gemeinschuldner nennt.

Dieser § 244 K.O. darf nicht dazu helfen, die mit der K.O. unvereinbare Gemeinschuldnermehrköpfigkeit anzunehmen, um die Anwendbarkeit der §§ 239—243 K.O. hiefür zu ermöglichen. Es ist nicht zum erstenmal, dass die Gesetzgebung die Berücksichtigung eines Falles unterlassen hat. Hier in § 244 hat aber die K.O. nicht nur der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft nicht gedacht, sondern sie hat auch übersehen, diese Strafvorschriften auf die Vorstandsmitglieder der verklag-

---

Gesellschaftsschuld haften. Im Uebrigen würde damit die Haftungsbeschränkung gegenüber den Gesellschaftern illusorisch; denn wenn der Gläubiger sich wegen des durch den Vergleich nicht gedeckten Mehranspruchs an den ausgeschiedenen Gesellschafter halten könne, so hätte dieser wieder den Regress gegen die später fortgesetzte Gesellschaft und jeden Gesellschafter. Der Zweck des Zwangsvergleich wäre also verfehlt.

baren Vereine und juristischen Personen (§ 213 K.O.) auszudehnen. Man wird doch wegen dieses Mangels z. B. gerade bei der juristischen Person nicht folgern wollen, dass, um ja doch diese Strafbestimmungen in Anwendung bringen zu können, die Vorstandsmitglieder der juristischen Personen die Gemeinschuldner sind.

f) Den Verlust gewisser staatsbürgerlicher Rechte bei K.-Eröffnung, welche den Gemeinschuldner treffen, will Jaeger a. a. O. S. 84—87 gegenüber den persönlich haftenden Gesellschaftern zulassen. Diese Auffassung entspringt seiner Theorie, dass die persönlich haftenden Gesellschafter Gemeinschuldner sind, kann aber nicht aufrecht erhalten werden, nachdem es eine Mehrzahl von Gemeinschuldnern nicht gibt.

g) Eine andere Rechtswirkung der Stellung der persönlich haftenden Gesellschafter, sowie der Liquidatoren als Vertreter des Gemeinschuldners äussert sich dahin, dass diese zur Vertretung berufenen Organe Forderungen an die Gesellschaft wie jeder andere Gesellschaftsgläubiger haben können, dass sie Drittschuldner im Gesellschaftskonkurs seiu können. Ein einem Gesellschaftsgläubiger von solch einem Vertretungsorgan bei einem Privatgeschäft eingeräumtes Pfandrecht kann nicht ein Absonderungsrecht an diesem Gegenstand im Gesellschaftskonkurs dem Gesellschaftsgläubiger gewähren.

4) Der Konkursverwalter kann rückständige Einlagen einziehen und, sofern über den die Einlage schuldigen Gesellschafter Konkurs eröffnet ist, hat er die noch ausständige Einlage in dessen Privatkonkurs als einfache Konkursforderung anzumelden. Im Uebrigen erleidet seine Stellung im K. der offenen Handelsgesellschaft bezw. Kommanditgesellschaft keine Aenderung.

5) Durch Konkurseröffnung wird die offene Handelsgesellschaft (§ 13 No. 3 H. G. B.) und Kommanditgesellschaft (§§ 161 II 131 No. 3 H. G. B.) aufgelöst, bleibt jedoch noch zum Zweck der Vermögensauseinandersetzung existent. Bei Aufhebung oder Einstellung des Konkurses erhalten die Gesellschafter gemeinsam den eventuellen Rest der Konkursmasse. Die Gesellschaft lebt nicht wieder auf, die Haftung der Gesellschafter bleibt bestehen. Jaeger a. a. O. S. 115, 157 spricht nach Konkurseröffnung über die Gesellschaft von einer Abwicklungsgesellschaft, welche sich wieder in die offene Handelsgesellschaft gerade so, wie sie früher bestand, umwandeln kann, ohne Störung der Einheit zwischen der früheren und nunmehrigen Gesellschaft.

Dies ist aber eine willkürliche Konstruktion und steht direkt mit der Bestimmung des § 131 K.O., wonach durch Konkurs die Gesellschaft aufgelöst wird, in Widerspruch.

Jaeger's umgewandelte offene Handelsgesellschaft ist nichts Anderes, als die Neugründung einer offenen Handelsgesellschaft unter den früheren Gesellschaftern und mit dem früheren Gesellschaftszweck.

Gem. § 144 H. G. B. können die Gesellschafter die Fortsetzung der Gesellschaft beschliessen, wenn der Konkurs durch Zwangsvergleich aufgehoben oder auf Antrag des Gemeinschuldners eingestellt ist.

6) Bei gleichzeitigem Gesellschaftskonkurs und Konkurs über das Privatvermögen eines persönlich haftenden Gesellschafters wird die persönliche Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsschulden auf die Höhe des Ausfalls, den die Gesellschaftsgläubiger im Gesellschaftskonknrs erleiden, reducirt. (§ 212 K.O.) [1])

---

[1]) So L. Seuffert S. 45, 378, Cosack Lehrbuch des H.R. S. 568ff., Sarwey-Bossert S. 497, Jaeger Kommentar S. 679 ff.

Erst in zweiter Linie haften die Gesellschafter; wenn aber die Gesellschaftsgläubiger auf Befriedigung im Gesellschaftskonkurs verzichten, dann können sie die Gesellschafter wieder in erster Linie in Anspruch nehmen.

Ein Recht auf Vorausklage besteht also nicht. Der Gesellschaftsgläubiger kann im Gesellschafts- und im Privatkonkurs seine Forderung voll anmelden. Im Gesellschaftskonkurs werden hierauf die vollen Dividenden ausbezahlt, im Privatkonkurs die vollen Dividenden zurückbehalten. Ist dann im Gesellschaftskonkurs die Gesamtdividende feststehend, so wird im Privatkonkurs die voll angemeldete Forderung auf den Ausfall reduzirt und werden auf diese Ausfallssumme die im Privatkonkurs gleichheitlich zur Auszahlung gekommenen Prozente von den zurückbehaltenen Dividenden bezahlt. Was sodann nach dieser Bezahluug von den zurückbehaltenen Dividenden im Privatkonkurs noch übrig bleibt, wird unter alle Gläubiger — den Gesellschaftsgläubiger inbegriffen — auf die festgestellten Forderungen verteilt.

7) Wurde über das Privatvermögen eines persönlich haftenden Gesellschafters Konkurs nicht eröffnet, dann konnten nach bisherigem Rechte Gesellschaftsgläubiger nur wegen des Ausfalls im Gesellschaftskonkurs sich an das nicht im Konkurs befangene Vermögen des Gesellschafters halten, abgesehen vom Fall des Verzichts auf Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen. In diesem Fall konnten sie für die Gesellschaftsforderung den konkursfreien, persönlich haftenden Gesellschafter ganz in Anspruch nehmen.

Das Gesetz hatte zwar die Möglichkeit eines solchen Verzichts nur für den Fall ausgesprochen, dass der Privatkonkurs eröffnet war, analog wurde dies aber auch auf nicht in Konkurs geratene, persönlich haftende Gesellschafter ausgedehnt. [1])

[1]) S. Keyssner, Zeitschrift für das gesamte Handels-

Nach geltendem Recht kann jeder persönlich haftende Gesellschafter während der Dauer des Gesellschaftskonkurses vom Gesellschaftsgläubiger nicht nur wegen des Ausfalls an seiner Forderung im Gesellschaftskonkurse, sondern zum vollen Betrag belangt werden. [1])

8) Das Recht der Aufrechnung des Gesellschaftsgläubigers mit seiner Cesellschaftsforderung gegen seine Schuld, die er an den persönlich haftenden Gesellschafter zu zahlen hat (R. G. XII 28), die Rechtsverhältnisse der Gesellschafter unter einander (R. G. XI. 29) erleiden im Konkursverfahren keine Aenderungen.

b) Konkurs über das Vermögen verklagbarer, nicht mit juristischer Persönlichkeit ausgestatteter Vereine.

§ 213 K.O. lässt Konkurs über Vereine zu, die als solche verklagt werden können. Es sind dies die Vereine des § 54 B. G. B. (s. §§ 50 II, 435 C. P. O.) und die Gesellschaften des § 705 ff. B. G. B.

Für solche Vereine gilt dasselbe, was gem. §§ 207, 208 K.O. für die Aktiengesellschaften gilt.

Gemeinschuldner ist, ebenso wie bei der offenen Handelsgesellschaft, der Verein als solcher, die Vertreter der Gemeinschuldner sind die Vereinsmitglieder; ob die sämtlichen Mitglieder gemeinschaftlich, oder jeder für sich, oder nur besonders bestellte Organe für den Verein ausserhalb und folgedessen auch innerhalb des Konkurses rechtsverbindlich handeln können, bestimmt sich nach den hiefür getroffenen Privatverträgen, in Ermangelung solcher nach den gesetzlichen

---

recht XXX S. 543, Cosack Lehrbuch des H.R. S. 568, 569 A. M. Oetker a. a. O. I 186, Jaeger der Konkurs der offenen Handelsgesellschaft S. 146 ff.

[1]) S. Cosack Lehrbuch des H.R. S. 569; der art 122 des früheren H.G.B. hat im neuen Handelsgesetzbuch Aufnahme nicht gefunden.

Bestimmungen über die Gesellschaft §§ 709, 710, 711 B. G. B.

Im Allgemeinen kann bezüglich der Rechte und Pflichten der Mitglieder auf die persönlich haftenden Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft verwiesen werden, wobei aber lediglich den offenen Handelsgesellschaften angepasste Bestimmungen unberücksichtigt bleiben müssen z. B. Fortsetzung der Gesellschaft, was bei solchen Vereinen nach Beendigung des Konkurses in keinem Fall möglich wäre.

Die Haftungsbegrenzung des § 211 II K.O. kann auf solche Vereine nicht ausgedehnt werden, weshalb bei dem wohl selten vorkommenden Zwangsvergleich solcher Vereine nur eine entsprechende Aufnahme einer solchen Bestimmung die Haftung beschränken würde.

c) Konkurs über das Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft.

Der § 236 K.O. behandelt den Fall des Konkurses über das Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemein- (B. G. B. § 1483), wenn also bei dem Tode eines Ehegatten gemeinschaftliche Abkömmlinge vorhanden sind, und zwischen dem überlebenden Ehegatten und den gemeinschaftlichen — als gesetzliche Erben in Betracht kommenden — Abkömmlingen die Gütergemeinschaft am Gesamtgut fortgesetzt wird.

Auf Grund § 1489 I B. G. B. haftet für die Gesamtgutsverbindlichkeiten der fortgesetzten Gütergemeinschaft nicht nur das Gesamtgut, sondern auch der überlebende Ehegatte persönlich. Bestand bis dahin die persönliche Haftung des überlebenden Ehegatten nicht, (— für Verbindlichkeiten des Mannes tritt kraft des Güterrechts der allgemeinen Gütergemeinschaft eine persönliche Haftung der Frau nicht ein —), tritt solche also erst in Folge des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft ein, so sollen die

Vorschriften über die Haftung des Erben für Nachlassverbindlichkeiten entsprechend Anwendung finden, an die Stelle des Nachlasses tritt das Gesamtgut in dem Bestande, den es zur Zeit des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft hat. (§ 1489 II B. G. B.)

Nachdem nunmehr gem. § 1975 B. G. B. zum Schutz der Erben ein Nachlasskonkurs eröffnet werden kann, ist auch zum Schutz [1]) des überlebenden Ehegatten eine Eröffnung des Konkurses über das Gesamtgut möglich. Folgend der Norm, dass die Vorschriften über Erbenhaftung für Nachlassverbindlichkeiten im Gesamtgutskonkours Anwendung finden sollen, hat auch die K.O. § 236 auf eine analoge Anwendung der für den Nachlass geltenden Bestimmungen der §§ 214 bis 234 K.O. hingewiesen.

Im Besonderen ist zu bemerken:

1) Für den Umfang der Konkursmasse ist nicht der Zeitpunkt der Konkurseröffnung, sondern der Zeitpunkt des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft massgebend. [2])

2) Im Fall des Gesamtgutskonkurses kommt der Mann wie ein unbeschränkt haftender Erbe (nach § 1459 II B. G. B. haftet er für die Gesamtverbindlichkeiten der Frau solidarisch) die Frau wie ein beschränkt haftender Erbe in Betracht.

3) Nur solche Gläubiger, welche bereits vor Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft Ansprüche an das Gesamtgut hatten, können am Gesamtgutskonkurs teilnehmen und von diesen ist

[1]) Die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes betr. Aenderungen der K.O., sowie eines zugehörigen Einführungsgesetzes, Reichstagsvorlage — Guttentag'sche Ausgabe —, erachtet den Gesamtgutskonkurs als das allein wirksame Haftungsbeschränkungsmittel gegen die den überlebenden Ehegatten nur aus Gründen der Fortsetzung der Gütergemeinschaft treffende persönliche Haftung.
Jaeger Nachlasskonkurs S. 112.

[2]) So auch Sarwey-Bossert S. 516, Wolff S. 458, Jaeger Kommentar S. 759.

wiederum nur derjenige neben dem überlebenden Ehegatten zum Antrag auf Konkurseröffnung befähigt, wenn der überlebende Ehegatte vor Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft noch nicht für die Gesamtgutsverbindlichkeit haftbar war. [1])

4) Die anteilsberechtigten Abkömmlinge haben kein Recht, den Konkurs zu beantragen, sie sind aber, soweit als tunlich, zu hören.

Nachdem diese eine persönliche Haftung für Gesamtgutsverbindlichkeiten nicht trifft (§§ 1487, 1489 K.O.) der Gesamtkonkurs aber den Schutzzweck gegen persönliche Haftung wegen aller oder bestimmter Gesamtgutsverbindlichkeiten verfolgt, so hat es wenig Einwirkung auf deren, zur Zeit der Fortsetzung der Gütergemeinschaft bestehenden Rechtslage, ob Konkurs eröffnet ist, oder nicht, es war deshalb kein Anlass vorhanden, diesen das Antragsrecht der Konkurseröffnung zu geben.

5) Gemeinschuldner im Konkurs, welcher als einzige Voraussetzung die Ueberschuldung verlangt, ist das Gesamtgut. [2])

Als Vertreter des Gemeinschuldners kommt nur der überlebende Ehegatte in Betracht, nicht auch die Abkömmlinge; ihre Rechtsstellung ähnelt der der Kommanditisten der Kommanditgesellschaft. Geradeso wie diese im Konkurs nicht als Vertreter des Gemeinschuldners in Betracht kommen, so hat auch die Konkursordnung den Abkömmlingen im Gesamtgutskonkurs eine aktive Rolle nicht einräumen wollen;

[1]) Wenn der überlebende Ehegatte schon haftbar war, so ändert sich durch Fortsetzung der Gütergemeinschaft nichts in der Rechtslage des Gesamtgutsgläubiger; diese benöthigen deshalb auch kein Antragsrecht und wird ihnen infolgedessen auch nicht zugestanden. Und so wird von Gesamtgutsgläubigern ein Konkurs über das Gesamtgut überhaupt nicht beantragt werden können, wenn der Ehemann der überlebende Ehegatte ist.

[2]) Nach L. Seuffert S. 71, 75, Jaeger Kommentar S. 759 ist der überlebende Ehegatte Gemeinschuldner mit dessen Rechten und Pflichten.

dies sieht man insbesondere auch aus der Versagung des Antragsrechts auf Konkurseröffnung.

6) Der überlebende Ehegatte tritt wie ein Gemeinschuldner in die Wirklichkeit, obwohl er nur das Gesamtgut zu repräsentieren hat.

Der überlebende Ehegatte vertritt den Gemeinschuldner, ist also auch zur Leistung des Offenbarungseides verpflichtet. Verweigert er dies, so kann ein Vergleichsvorschlag nicht zugelassen werden. Andere Unzulässigkeitsgründe bestehen nicht.

7) Die für den Gemeinschuldner geltenden strafrechtlichen Bestimmungen können den überlebenden Ehegatten nicht treffen, da er nicht Gemeinschuldner, sondern nur Vertreter desselben ist. Auch die staatsbürgerlichen Rechte behält er aus den gleichen Gründen.

8) Wird die fortgesetzte Gütergemeinschaft beendigt, [1]) (§§ 1492—1496 B. G. B.) so bleiben bis

---

[1]) Der einzige Fall wo im Gegensatz zur fortgesetzten Gütergemeinschaft Gesamtgutskonkurs über das zur allgemeinen Güter-, zur Errungenschafts- oder zur Fahrnisgemeinschaft gehörige Vermögen eröffnet werden kann, ist der, dass die Gemeinschaft beendigt ist, (§§ 1468—1470, §§ 1542—1544, § 1549 B.G.B.) jedoch die Auseinandersetzung noch nicht erfolgt ist.

Der Grund dieses Gesamtgutskonkurses liegt darin, dass die Gesamtgutsgläubiger sich an das Gesamtgut halten (§ 1475 B.G.B.) und nicht nach erfolgter Auseinandersetzung in Konkurrenz mit den Privatgläubigern der Ehegatten treten wollen. Ebenso L. Seuffert S. 71. S. auch Jaeger Kommentar S. 38. Ein Fall des Gesamtgutskonkurs ist es nicht:

1) wenn über das Vermögen der überlebenden Ehegatten der Konkurs eröffnet wird, wobei gem. § 2 III K.O. auch neben dem Vermögen des überlebenden Ehegatten auch das Gesamtgut in die Masse fällt,

2) wenn über den Nachlass des verstorbenen Ehegatten Konkurs eröffnet wird. Im Fall der fortgesetzten Gütergemeinschaft gehört der Anteil des verstorbenen Ehegatten nicht zum Nachlass (§ 1483 I Satz 2 B.G.B.), es kann also eine Auseinandersetzung des Gesamtgutes gem. §§ 16, 51 K.O. nicht erfolgen, s. auch Jäger a. a. O. S. 115,

3) wenn über das Vermögen eines gemeinschaftlichen Abkömmlings im Falle fortgesetzter Gütergemeinschaft Konkurs eröffnet wird. K.O. § 2 II und III.

4) wenn während der Ehe der Konkurs über den Ehe-

zur erfolgten Auseinandersetzung die Grundsätze der Gemeinschaft zur gesamten Hand bestehen. (§ 1497 B. G. B.), es kann also auch noch Konkurs eröffnet werden über das Gesamtgut bis zur Beendigung der Auseinandersetzung.[1])

d) Konkurs über den mehreren Erben gehörigen Nachlass.

Der Fall, dass mehreren Erben der Nachlass gehört, ist eine Abart des Nachlasskonkurses, begründet aber für die Miterben in Bezug auf den Nachlass eine Gemeinschaft zur gesamten Hand. Es kommen dieselben Grundsätze zur Anwendung wie bei anderen Gemeinschaften zur gesamten Hand; der Nachlass wird als Gemeinschuldner, die Erben als dessen Vertreter mit den Rechten und Pflichten desselben betrachtet, ohne die Folgen, in strafrechtlicher und staatsrechtlicher Beziehung, obwohl auch ohne gesetzliche Vorschrift der Zwangsvergleich nur auf den Vorschlag aller Erben geschlossen werden kann, ist dies doch besonders in § 230[I] K.O. normirt. Die Vertretung haben die Erben gemeinsam zu bethätigen (§§ 2038, 2040 B.G.B.), wenn sie nicht einzelne unter sich oder bestimmte Organe mit der Vertretung betraut haben.

Bemerkenswert ist die Bestimmung des § 216[II]

---

mann eröffnet wird und gem. § 2[I] K.O. das Gesamtgut zur Masse gezogen wird. (wenn die Ehefrau in Konkurs kommt, so wird das Gesamtgut gar nicht berührt § 2[II] K.O.)

[1]) LSeuffert S. 75 sieht für diesen Fall alle Gemeinschafter als Gemeinschuldner an. Da nach der hier vertretenen Ansicht das Gesamtgut der Gemeinschuldner ist, kämen dann die Gemeinschafter nur als Vertreter des Gemeinschuldner in Betracht. Sarwey-Bossert S. 516, lassen Gesamtgutskonkurs nach Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft auch dann nicht mehr zu, wenn das Gesamtgut eine Auseinandersetzung noch nicht erfahren hat, welcher Meinung angesichts des für fortgesetzte Gütergemeinschaften gleichfalls zur Anwendung kommenden § 216[II] K.O., wo Konkurseröffnung noch nach der Teilung des Nachlasses zulässig ist, nicht beigepflichtet werden kann.

K.O., wonach nach der Theilung des Nachlasses, also nach erfolgter Auseinandersetzung unter den Erben, Konkurseröffnung noch möglich ist. Die zeitliche Schranke für das Antragsrecht zieht § 220 K.O., wonach nach Ablauf von zwei Jahren nach Annahme der Erbschaft der Nachlassgläubiger ein Antragsrecht nicht mehr hat. Eine zeitliche Begrenzung des Antragsrechts des einzelnen Erben besteht *de facto* nicht.

Eine solche bedarf es auch nicht, da der Erbe selbst das grösste Interesse an der rechtzeitigen Stellung des Antrags hat; denn unterlässt er den Antrag bei Ueberschuldung des Nachlasses, dann wird er den Gläubigern für den daraus entstehenden Schaden haftbar § 1980 BGB. (So auch Sarwey-Bossert S. 503 f.) Im Uebrigen liesse sich eine zeitliche Begrenzung aus praktischen Gründen nicht empfehlen, weil die Nachlassmasse unter Umständen, z. B. bei anhängigen Prozessen, erst nach Jahren festgestellt werden kann und dann erst feststeht, ob eine Ueberschuldung vorliegt oder nicht. Antragsberechtigt ist jeder Erbe, die den Nachlasskonkurs voraussetzende Ueberschuldung ist behufs Zulassung des Antrags des einzelnen Erben glaubhaft zu machen; die übrigen Erben hat das Gericht soweit tunlich zu hören. § 217 K.O.

Ein Zwangsvergleich muss für unzulässig erachtet werden, wenn einer der Erben die Ableistung des Offenbarungseides verweigert, zu welcher er verpflichtet ist auf Grund der gemeinschuldnerischen Stellvertretung.

Andere Unzulässigkeitsgründe bestehen nicht. Im Uebrigen richtet sich vorliegender Fall ganz nach dem Nachlasskonkurs mit einem Erben, worauf hier verwiesen wird.

e) Konkurs über das Vemögen einer Rhederei. [1])

Wie bei der offenen Handels- und der Kommanditgesellschaft ist die Rhederei eine Gemeinschaft zur gesamten Hand, wobei hier jeder Mitrheder Miteigentümer des Rkedereivermögens ist und wobei die Rhedereigläubiger verlangen können, dass sie vor den Privatgläubigern der Mitreder aus deren gemeinschaftlichen Rhedereivermögen befriedigt werden. Zum Unterschied von den genannten Handelsgesellschaften können unter Umständen die Mitglieder der Rhederei zu Zahlungen an die Kasse der Rhedereigesellschaft gezwungen werden, obwohl sie ihre vertragsmässigen Einlagen schon geleistet haben (§ § 500, 501 H. G. B.); ein weiterer Unterschied ist die eventuelle persönliche,

---

[1]) Die rechtliche Natur der Rhederei ist kontrovers. Die Rhederei ist eine der Aktiengesellschaft verwandte Personenvereinigung, ohne jedoch juristische Person zu sein, so Pöhls, das Seerecht I S. 113 ff., Kaltenborn das Seerecht I S. 116, (nach diesem eine sogen. particuläre Gemeinschaft); Mittermaier deutsches Privatrecht II § 542[IV], Hillebrand deutsches Privatrecht S. 574, Walter deutsches Privatrecht S. 346f. Gerber deutsches Privatrecht § 195 No. 2.

Die Rhederei ist ein Miteigentum, so Dernburg, Preuss. Privatrecht 4. Aufl. II 667, sie ist eine durch Miteigentum bedingte Gesellschaft besonderer Art, Gewerbsgesellschaft *sui generis*, so Goldschmidt in seiner Zeitschrift XXIII 352, schlechtweg eine Societät, so Eichhorn deutsches Privatrecht § 390 R.O.H.G. IV 85 VIII 342f, eine Gelegenheitsgesellschaft, so R.O.H.G. XVI 382, eine Erwerbsgesellschaft R.G. XI No. 39, eine materielle Rechtsgemeinschaft oder gesamte Hand, so Gierke deutsches Privatrecht I 67, deutsches Genossenschaftsrecht II 933ff, Boyens deutsches Seerecht I 258, Cosack Lehrbuch des Handelsrecht 4. Auflage § 113.

Die Rhederei steht im Prozess einem nicht rechtsfähigen Verein (§ 50 R.C.P.O.) gleich (s. Boyens a. a. O. II S. 60); der einzelne Rheder wird im Prozess nicht genannt, das *rubrum* lautet: „Die Rhederei des Schiffes N. vertreten durch den X als Korrespondentrheder (R.O.H.G. VIII No. 81, VII No. 38); aus dem gegen die Rhederei ergangenen Urteil ist eine Zwangsvollstreckung direkt in das gesamte Seevermögen, das Schiff inbegriffen, möglich, wie bei einer anderen Handelsgesellschaft. Die Geschäftsführung der Rhederei wird von den Rhedern selbst durch Mehrheitsbeschluss bestimmt (§§ 490, 491, H.G.B.), es kann als Vertretungsorgan der Rhederei (nicht

dann jedoch unmittelbare Haftung der Mitglieder gegenüber den Rhedereigläubigern, aber nur *pro rata* § 507 H. G. B. [1])

Weiter unterscheidet sich die Rhederei von den genannten Handelsgesellschaften dadurch, dass die Geschäftsführung durch Mehrheitsbeschluss bestimmt wird (§§ 490, 491 H. G. B.), dass der Gewinn und Verlust rein *pro rata* der Schiffsparten unter die Mitglieder verteilt wird. § 502 H. G. B.

Ueber eine derart gestaltete Gesellschaft kann, da sie den Grundsätzen der Gemeinschaft zur gesamten Hand unterliegt, Konkurs eröffnet werden. [2])

---

der Rheder) ein Korrespondentrheder (§ 492 H.G.B.) von den Rhedern bestellt werden, der Fortbestand der Rhederei wird nicht beeinflusst durch Aenderungen in den Personen der Mitrheder R.G. XLII 75.

Es äussern sich in jeder Beziehung die den Gemeinschaften zur gesamten Hand eigentümlichen Beziehungen, und muss auch die Rhederei als eine gesetzlich besonders geregelte Gemeinschaft zur gesamten Hand betrachtet werden. Siehe die ausführliche Begründung dieser Theorie der gesamten Hand bei Gierke die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung S. 345 Anm. 2, S. 359 Anm. 3.

[1]) S. Cosack, Lehrb. d. H.R. 4. Aufl. § 113, Makower H.G.B. 12. Aufl. II 27, Boyens deutsches Seerecht I 292.

[2]) Keyssner in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht XLIII 456 lässt den Konkurs über die Rhederei nicht zu. Die Gläubigerbefriedigung erfolgt auf dem Wege der Zwangsvollstreckung; nach durchgeführter Zwangsversteigerung des Schiffes besteht die Rhederei nicht mehr, die Rhedereigläubiger halten sich für den Ausfall an die Mitrheder persönlich. Gareis, das deutsche Handelsrecht V. Aufl. S. 827ff sagt: ein selbständiges Konkursverfahren über das Vermögen einer Rhederei kennt die deutsche K.O. nicht.

Schaps, das deutsche Seerecht S. 96ff (1897) beurteilt die Rhederei wie folgt:

„Die Rhederei kann weder klagen noch verklagt werden, weil sie nicht aktives oder passives Subjekt des den Streitgegenstand bildenden Rechtsverhältnisses ist: sie hat keine materielle Parteifähigkeit und daraus folge aber in Verbindung mit R.C.P.O. § 230 Ziff. 11 (jetzt 253) dass die Rhederei keine formelle Parteifähigkeit hat. Daraus folgt wieder, dass die Rhederei, da sie nicht Schuldner sein kann, also auch nicht Gemeinsschuldner sein kann, nict konkursfähig ist. Die Befriedigung der Schiffsgläubiger erfolge vielmehr durch Zwangsvollstreckung in das Schiffsvermögen, die der persönlichen Gläubiger durch Inanspruchnahme des Landvermögens der

Gemeinschuldner ist die Rhederei, die Mitrheder und neben ihnen der Korrespondentrheder, sofern ein solcher bestellt ist, sind die Vertreter des Gemeinschuldner.

Für diese kommen die allgemeinen Grundsätze für Vertreter der in Konkurs geratenen Gemeinschaften zur gesamten Hand in Anwendung. Wie bei diesen ist auch hier die Eröffnung des Konkurses so lange möglich, als die Auseinandersetzung des Rhedereivermögens noch nicht erfolgt ist.

D. Nachlasskonkurs. [1])

Konkurs kann auch eröffnet werden über das Vermögen eines Verstorbenen, über dessen Nachlass (§ 240 K.O.). Ist auf Grund der §§ 13—18 B. G. B. jemand für tot erklärt worden (§ 970 R. C. P. O.), so wird dessen Tod von dem festgesetzten Todeszeitpunkt an vermutet, sein Vermögen geht den Erb-

---

Mitrheder". § 42 des Hamburgischen Gesetzes betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen und die Schiffsverkäufe vom 14. Juli 1879 spricht von „Schiffsverkäufen, welche im Fall des Konkurses der Rhederei von dem Konkursverwalter betrieben werden". Dem hält Schaps entgegen, dass hier das Wort „Rhederei" im untechnischen Sinn gebraucht würde. Den vorstehenden Ausführungen ist entgegenzutreten. Das Handelsgesetzbuch spricht von den „Angelegenheiten der Rhederei" (nicht der Mitrheder) § 491, vom „Rhedereibetrieb" „Geschäftsbetrieb der Rhederei" (nicht vom Betrieb der Mitrheder) § 492, 493, von der „Vertretung der Rhederei vor Gericht", von Verbindlichkeiten eingehen „im Namen der Rhederei" § 493; die Rhederei wird durch Rechtsgeschäfte berechtigt und verpflichtet § 494 H. G. B., kurz überall in den Vorschriften über Rhederei kommt die gesetzliche Absicht zum Ausdruck, die Rhederei wie ein Rechtssubjekt zu behandeln, die Rhederei ist als solche vermögensfähig und ihr Vermögen ist der Zwangsvollstreckung unterworfen. Ohne Zweifel muss dann auch die Rhederei als eine Gemeinschaft zur gesamten Hand wie ein verklagbarer Verein betrachtet werden, und müssen deshalb auch hier die Vorschriften des § 213 K.O. über die Konkurseröffnung über solche Vereine gleichmässig zur Anwendung kommen.

[1]) S. die ausführliche Abhandlung von Jäger, Erbenhaftung und Nachlasskonkurs (Berlin 1898).

weg, es wird zum Nachlass, worüber Nachlasskonkurs eröffnet werden kann.

1) In dem Nachlasskonkurs haben die Nachlassgläubiger gesonderte Befriedigung aus dem Nachlass zu beanspruchen.

Der Konkurs ist an des Erblassers allgemeinen Gerichtsstand über seinen Nachlass zu eröffnen. Nur über die ganze Erbschaft, wenn sie auch schon getheilt ist § 216[II] K.O., nicht blos über einzelne Erbteile (§ 235 K.O.) ist Nachlasskonkurs möglich.

2) Wer der Gemeinschuldner, ist vielfach umstritten. Dass durch die gesetzliche Zulassung eines Nachlasskonkurses dem Nachlass nicht der Charakter einer juristischen Person gegeben werden wollte, wird nicht bezweifelt. Das B. G. B. betrachtet den künftigen Erben immer [1]) als denjenigen, dem die Erbschaft gehört. Wenn nun auch dem Nachlass nicht die juristische Persönlichkeit gegeben werden wollte, so will aber doch das Gesetz im Interesse des Erben und auch des Nachlassgläubigers den Nachlass geradeso, wie ein Rechtssubjekt behandeln. Da der Nachlass dem Erben gehört, so ist es ein Partikularkonkurs; ein solcher ist aber niemals an einem einzelnen Vermögensgegenstand als solchen denkbar, sondern es mus immer zum Unterschied des Universalkonkurses eine selbständige, in sich begrenzte, vom Gesamtvermögen noch unabhängige Vermögensmasse vorliegen; ohne diese Abgrenzung ist ein Partikularkonkurs nicht denkbar. Auch nach Endemann B. G. B. III, 441 bildet der Nachlass als selbständiges Vermögen die dingliche Grundlage des Sonderkon-

---

[1]) Der Begriff einer *hereditas jacens* ist dem Bürgerlichen Gesetzbuch fremd; wenn also beispielsweise der Erbe noch unbekannt ist, also eine gemeinrechtliche *hereditas jacens* vorliegt, so wird nicht für die *hereditas jacens* ein Nachlasspfleger bestellt, sondern es kann für denjenigen welcher Erbe wird, ein solcher bestellt werden. (§ 1960 B.G.B.)

kurses. Dieser Nachlass muss deshalb als Gemeinschuldner bezeichnet werden.

Bei einer Mehrheit von Erben liegt in Bezug auf den Nachlass eine Gemeinschaft zur gesamten Hand vor, wobei als Gemeinschuldner der Nachlass in Betracht kommt.

Soll nunmehr die zufällige Mehrheit von Erben auf die rechtliche Natur des Nachlasses eine derartige Einwirkung äussern, dass bei nur einem Erben der Nachlass etwas ganz anderes ist, als bei mehreren Erben? Auch Oetker a. a. O. I 71 betrachtet die Erbschaft, nicht den Erblasser, als Gemeinschuldner. „Ungenau wäre es für den Konkurs einen lebenden oder toten Gemeinschuldner zu erfordern. Nicht durch den Tod, sondern durch die Zeit der Konkurseröffnung wird die Masse bestimmt. Wenn in § 56 Ziff. 4 (jetzt § 63) K.O. vom Erblasser *quasi* als Gemeinschuldner gesprochen wird, so ist die Doktrin deshalb nicht hieran gebunden."

Da der Nachlass der Gemeinschuldner ist, so kann der Erbe nur als ein mit den Pflichten und Rechten des Gemeinschuldner ausgestatteter Vertreter desselben in Betracht kommen.

Endemann B. G. B. III 441 hält den Erben auch als den Vertreter des Gemeinschuldners, lässt aber letzteren den Erblasser sein.

Diese Ansicht ist nicht zu halten, wenn man daran denkt, dass der Gemeinschuldner doch wenigstens zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens existent sein muss.

Sehr verbreitet ist die Ansicht, dsss der Erbe als Gemeinschuldner im Nachlasskonkurs zu stempeln ist.[1]) Auch dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden Ich stelle nur die einzige Frage: Wie soll

[1]) So Sarwey-Bossert, Wolff, Kohler.

mit dieser Ansicht der Fall vereinbar sein, dass der *Fiscus* Erbe ist?

Ueber das Vermögen eines Staates kann Konkurs nicht eröffnet werden. Ist aber Konkurs über einen Staat nicht möglich, so kann er auch nicht in die Rolle eines Gemeinschuldners kommen. Nimmt man nun an, dass über einen Nachlass Konkurs eröffnet und der Staat Erbe wurde, so würde also ein Nachlasskonkurs bestehen, ohne dass ein Gemeinschuldner vorhanden wäre; denn der Staat kann Gemeinschuldner nicht sein. Es würde also ein nach der Konkursordnung durchaus unzulässiger Zustand — ein Konkurs ohne Gemeinschuldner — bestehen.

Wohl um diesen Konsequenzen der Gemeinschuldnerschaft auszuweichen, ist Seuffert S. 74 f. zu der durchaus willkürlichen Konstruktion gelangt, dass im Nachlasskonkurs einmal der Erblasser Gemeinschuldner ist, ein andermal der Erblasser und der Erbe (Nacherbe, Erbschaftskäufer) zusammen Gemeinschuldner sind. Zu solchen Annahmen bietet das Gesetz keine Handhabe.

Jäger Kommentar S. 691 lässt für die Zeit vor dem Erbfalle den Erblasser, für die Zeit nach dem Erbfalle den Erben Gemeinschuldner sein.

Dass die strafrechtlichen und staatsbürgerlichen Folgen der Gemeinschulderschaft die Erben, welche ja den Konkurs nicht verursacht haben, nicht treffen können, ist selbstverständlich und auch allseitig anerkannt, ist also eine weitere Ausnahme von den für den Gemeinschuldner bestehenden Gesetzesbestimmungen.

So wird der „Gemeinschuldner“ durch die hier erwähnten vielen Ausnahmen vollkommen seiner markanten Unterscheidungsmerkmale entkleidet, es bleibt bei Konstruktion der hier bestrittenen Ansicht vom „Gemeinschuldner“ nicht viel mehr übrig.

Die Unterscheidung Jaegers (a. a. O. S. 48 ff.)

zwischen der Zeit vor dem Erbfall (§ 1922[1]) wo der Erblasser Gemeinschuldner ist, und der Zeit nach dem Erbfall, wo der Erbe Gemeinschuldner ist, muss als eine sehr gekünstelte betrachtet werden, welche sich mit der Konkursordnung in Widerspruch setzt, wonach in einem Konkurs nur ein Gemeinschuldner vorkommen kann.

Die K.O. wollte damit, dass sie dem Erben im Nachlasskonkurs gewisse Rechte und Pflichten einräumte, denselben nicht zum Gemeinschuldner machen. Warum soll der Erbe den ominösen Namen „Gemeinschuldner" tragen, wenn er den Vermögensverfall nicht verschuldet hat? Aus all' diesen Erwägungen geht das Eine hervor, dass der Nachlass der Gemeinschuldner, der Erbe dessen Vertreter ist.

3) Kontrovers ist auch die Frage, ob der gewöhnliche Konkurs beim Tod des Gemeinschuldners in einem Nachlasskonkurs übergeht. Die einen[1]) nehmen den Uebergang in den Nachlasskonkurs an. Dem ist jedoch mit Wolff S. 439 die Ansicht entgegenzustellen, dass das Wegfallen des Gemeinschuldners auf das Konkursverfahren ohne Einfluss sein muss. Denn allein der Zeitpunkt der Konkurseröffnung, durch welchen die Aktiv- und Passivmasse festgestellt wird, ist für das Konkursverfahren massgebend. Ein einmal eröffnetes Konkursverfahren darf in seinen fundamentalen Grundlagen durch nichts erschüttert werden. Nur die förmliche Einstellung oder Aufhebung des Verfahrens kann diesen Konkurs aus der Welt schaffen.

Durch den klanglosen Uebergang des gewöhnlichen Universalkonkurses in den Partikularkonkurs würden die mit Konkurseröffnung garantirten Rechte dieser Konkursgläubiger infolge Mitkonkurrenz der

---

[1]) So Jaeger Erbenhaftung und Nachlasskonkurs S. 30, Kommenter S. 696 f., L. Seuffert S. 69, Sarwey-Bossert S. 498.

nach Eröffnung des Universal- und vor Eintreten des Partikularkonkurses neu entstandenen Konkursgläubiger verletzt. Dass ebensowenig, wie in einem Konkurs mehrere Gemeinschuldner vorkommen können, auch nicht ein Wechsel des Gemeinschuldners — an die Stelle des Erblassers tritt der Erbe — angängig ist, braucht nicht weiter begründet werden.

4) Ebenso wie deren Erben die Vertretung des Gemeinschuldners obliegt, geradeso sind an dessen Stelle zur Vertretung berufen der Erbschaftskäufer (§ 232[1] K.O.), der Nachlasspfleger, wenn die Erbschaft noch nicht angetreten ist, der Testamentsvollstrecker und der Nachlassverwalter; neben diesen ist auch der Erbe Vertreter des Gemeinschuldners, wenn vor Anordnung der Nachlassverwaltung der Nachlass in Verwaltung des Erben gestanden ist. (s. auch § 1978 B. G. B.)

5) Die auf die Gemeinschuldner selbs zugeschnittenen strafrechtlichen und staatsbürgerlichen Folgen der Konkurseröffnung treffen seine Vertreter nicht. Allen anderen Rechten und Pflichten eines Gemeinschuldners unterliegen sie. Es kann für diese nicht die Ausnahme (nach Wolff S. 433) gemacht werden, dass sie nicht die Pflicht des Verbleibens am Wohnort haben, dass sie nicht verhaftet werden können, während die Pflicht der Leistuug des Offenbarungseids, der Auskunftserteilung, der Rechnungslegung anerkannt wird.

Einen ehrlichen Verwalter, ehrlichen Erben wird das Gericht nie die Erlaubnis versagen, vom Wohnort sich zu entfernen; eine zwangsweise Vorführung, sowie eine Haft kann ja nur dann angeordnet werden, wenn der Verwalter etc. seine Pflichten nicht erfüllt, wenn die gemeinschuldnerische Vertretung nicht als ehrlich sich dokumentirt.

6) Was das Recht des Zwangsvergleichsvorschlag

anlangt, so muss bei einer Mehrzahl von Erben dieser Vorschlag von diesen insgesammt kommen.

Im Fall des § 218 ist der Vergleichsvorschlag von beiden Ehegatten zu stellen.

Nachlasspfleger, Nachlassverwalter, Testamentsvollstrecker können den Vergleichsvorschlag ebenso wie der Erbe stellen, da sie Vertreter des Gemeinschuldner sind. a. M. Wolff S. 453.

Verweigert einer der Vertreter des Gemeinschuldners oder einer von mehreren Vertretern (Fall einer Mehrzahl von Erben) die Ableistung des Offenbarungseides, so ist der Zwangsvergleich unzulässig. (s. die Ausführungen hierüber bei ber Aktiengesellschaft.) Andere Unzulässigkeitsgründe bestehen nicht.

7) Der Zweck des Nachlasskonkurses ist darin zu finden, dass die Nachlassgläubiger nichts anderes verlangen können, als dass durch den Tod des Erblassers ihre Rechtslage nicht verschlechtert würde, was der Fall wäre, wenn der Nachlass in das Vermögen des überschuldeten Erben überginge, die Nachlassgläubiger sich also dann hinsichtlich des im Vermögen des Erben aufgegangenen Nachlasses die Konkurrenz der Privatgläubiger der Erben gefallen lassen müssten. Ihre Rechtslage soll aber auch nicht verbessert werden, was der Fall wäre, wenn der überschuldete Nachlass in das Vermögen eines zahlungsfähigen Erben überginge und sich die Nachlassgläubiger nunmehr an dessen Privatvermögen mit ihrer Nachlassforderung halten dürften. Die Nachlassgläubiger können deshalb nichts anderes beanspruchen, als eine abgesonderte Befriedigung aus dem Nachlass. Der Nachlasskonkurs statuirt somit einen gleichzeitigen Schutz nicht nur für den Erben, dass er nur bis zum Bestand der Erbschaft zu haften braucht, — ausser bei Vorhandensein anderer ihn zur unbeschränkten Haftung zwingenden Gründe — § 2013 B. G. B., sondern auch für die

Nachlassgläubiger, dass zu ihrer Befriedigung allein der Nachlass dienen soll, unter Ausschluss der Privatgläubiger des Erben.

Darin ist auch der Grund zu finden, dass Ueberschuldung des Nachlasses als Konkursvoraussetzung festgesetzt ist; denn die Konkursgläubiger können sich ja nur an den Nachlass halten (§§ 1975, 2060 B.G.B.), und würde bei Ueberschuldung ohne Konkurseröffnung ihre gleichheitliche Befriedigung aus dem Nachlass gefährdet.

8) Ausser den Nachlassgläubigern (§§ 217, 219 K.O.) ist auch jeder Ehegatte (§ 218 K.O.), wenn die Ehefrau Erbin ist und der Nachlass zum eingebrachten Gute oder zum Gesamtgute gehört, jeder Nachlasspfleger, Nachlassverwalter, Testamentsvollstrecker, jeder Erbe (§ 217 K.O.) berechtigt, die Eröffnung des Verfahrens zu beantragen.

Der Erbe ist aber auch verpflichtet, bei Ueberschuldung den Eröffnungsantrag zu stellen, widrigenfalls er den Nachlassgläubigern haftbar wird. (§§ 1980, 1967 B.G.B.) Diese Bestimmung ist auch auf den Nachlassverwalter ausgedehnt (§ 1985 B.G.B.). Ebenso trifft diese Verpflichtung den Nachlasspfleger und Testamentsvollstrecker. Der Nachlasspfleger ist der gesetzliche Vertreter des Erben. [1]) Der Erbe wird für die nicht ordnungsmässige Führung des Amts desselben haftbar, weshalb er sich wieder an ihn halten kann. (§ 1833 B.G.B.) Die Haftung des Testamentsvollstreckers gegenüber dem Erben ist im §§ 2216, 2219 B.G.B. erwähnt, und hat der Testamentsvollstrecker also ein Interesse, sich dieser Haftung durch Unterlassen des Antrags auf Konkurseröffnung nicht auszusetzen.

9) Sind mehrere Erben vorhanden, so ist behufs Zulassung des nicht gemeinsam gestellten Antrags

[1]) Neumann B.G.B. II. 1103.

derselbe glaubhaft zu machen, und müssen die anderen Erben, soweit als tunlich, vom Gericht gehört werden. (§ 217 K.O.)

10) Auf die Eröffnung des Verfahrens hat es keinen Einfluss, ob der Erbe die Erbschaft schon angenommen hat oder nicht, ob er für die Nachlassverbindlichkeiten unbeschränkt haftet oder nicht, ob (bei mehreren Erben) der Nachlass schon geteilt ist oder nicht. (§ 216 K.O.)

Eine zeitliche Grenze des Antragsrechts wie beim Nachlasgläubiger — ein Antragsrecht besteht nicht mehr nach Umlauf von zwei Jahren seit Annahme[1]) der Erbschaft (§ 220 K.O.) — besteht für den Erben, Nachlasspfleger, Nachlassverwalter und Testamentsvollstrecker überhaupt nicht.

11) die Konkursordnung hat insbesondere Bestimmungen getroffen, welche auf solche Verfügungen Anwendung finden sollen, welche der Erbe nach Eintritt des Erbfalls, jedoch vor Eröffnung des Nachlasskonkurses vorgenommen hat.

a) Da ist vor allem festzustellen, dass in die Konkursmasse nur der Nachlass fällt, also das aktive Nachlassvermögen, welches beim Tod des Erblassers vorhanden war. Die Folge dieser Abgrenzung der Masse ist die Bestimmung des § 221 K.O., wonach eine gegen den Nachlass bethätigte Zwangsvollstreckungshandlung abgesonderte Befriedigung nicht gewähren, eine im Wege der einstweiligen Verfügung erlangte Vormerkung sogar unwirksam sein soll. § 222 K.O. lässt in einem solchen Fall die Befriedigung von Pflichtteilsansprüchen, Vermächtnissen oder Auf-

---

[1]) Sind mehrere Erben in Frage, so entscheidet für die Frist die Annahme des letzten Erben. (S. Wolff S. 440). Der Eintritt der Nacherbschaft hat auf den Beginn der Frist keinen Einfluss, da nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts der Nacherbe als Universalsuccesor des Eblassers, nicht des Vorerben in Frage kommt. (S. Endemann B.G.B. III 168.)

agen durch den Erben ebenso wie eine unentgeltliche Verfügung des Erben anfechten.

b) Als Massegläubiger kommt dann der Erbe (§ § 223, 224 K.O.) in Betracht, wenn ihm die vor Eröffnung des Verfahrens für die Masse aus Eigenem gemachten Aufwendungen — ein Zurückbehaltungsrecht hiefür am Nachlass besteht nicht — wieder aus derselben zu ersetzen sind. (§ § 1978, 1979 B.G.B.)

c) Als Konkursgläubiger kommt er gem. § 225 I K.O. in Betracht, wenn ihm gegen den Erblasser Ansprüche zustehen, oder wenn er aus Eigenem eine Nachlassverbindlichkeit — welche nicht als Masseschuld unter 1979 B.G.B. fällt und wofür er auch nicht unbeschränkt haftet — berichtigt hat und kraft *cessio legis* nunmehr an die Stelle des Nachlassgläubigers tritt, oder wenn er die von einem einzelnen Nachlassgläubiger, dem er unbeschränkt haftet, im Nachlasskonkurs nicht angemeldeteForderung anmeldet (§ 225 II K.O.).

Haftet er allen Nachlassgläubigern unbeschränkt, so hätte diese Anmeldung keinen Sinn, da der Erbe das, was er im Konkurs bekommt, doch wieder aus seinem Vermögen erstatten muss.

Hat der Erbe in der Annahme, dass der Nachlass zur Berichtigung aller Nachlassverbindlichkeiten ausreiche, aus dem Nachlass die Nachlassverbindlichkeit geregelt (§ 1979 B.G.B.), so kann ein Ersatzanspruch des Konkursverwalters gegen ihn nicht erhoben werden, andernfalls hat er den aus der Masse gezahlten Betrag zurückzuerstatten, wogegen er die Nachlassforderung des Nachlassgläubigers, den er schon bezahlt hat, als Konkursforderung anmelden kann.

d) Wenn der Verwalter die Befriedigung des Nachlassgläubigers mit Erfolg angefochten (§ 29 ff. K.O.), so gilt sie gem. § 142 B.G.B. als von Anfang an nichtig; der Erbe hat also keinen Konkursanspruch.

Eine Aufrechnung der Konkursforderung des Erben

mit der Erstattungsforderung des Konkursverwalters ist unzulässig, da der Konkursanspruch des Erben vor Eröffnung des Konkurses nicht bestand, wodurch gem. § 55 No. 1 u. 2 eine Aufrechnung ausgeschlossen ist.

War der Nachlassgläubiger dem Erben schuldig und hatte letzterer seine Forderung gegen die Nachlassforderung aufgerechnet oder lag der Fall umgekehrt, so gilt für den Nachlasskonkurs die Aufrechnung als nicht erfolgt § 1977 B.G.B.; für den umgekehrten Fall trifft das nicht zu, wenn der Erbe unbeschränkt haftet. (§ 2013 B.G.B.)

e) Die im Uebrigen durch die Verwaltung des Erben enstandenen Rechtsgeschäfte sind den Nachlassgläubigern gegenüber wirksam ohne Weiteres —

aa) der Erbe gilt als Beauftragter in Bezug auf die Verwaltung (§ 1978 B.G.B.),

bb) bei Genehmigung durch den Konkursverwalter oder den Nachlassverwalter — der Erbe ist Besorger fremder Geschäfte ohne Auftrag §§ 177, 1959 I B.G.B. —,

cc) wenn sie ohne Nachteil für den Nachlass nicht verschoben werden könnten § 1959 II B.G.B.,

dd) wenn sie dem Erben als solchen gegenüber vorgenommen werden müssen, und vor der Ausschlagung dem Ausschlagenden gegenüber vorgenommen wurden, auch nach der Ausschlagung (§ 1959 III B.G.B.).

Die aus solchen Rechtsgeschäften entstandenen Forderungen sind Nachlassforderungen, welche am Nachlasskonkurs teilnehmen.

12) Ist nicht genügende Nachlassmasse vorhanden, so kann der Eröffnungsantrag wie bei jedem anderen Konkurs abgelehnt § 107 K.O., oder das eröffnete Verfahren § 107 K.O. § 1990 B.G.B. eingestelt werden.

13) Verkauft [1]) der Erbe die Erbschaft, so bleibt er doch immer Erbe. Der Erbschaftskäufer, der gem. §§ 2382, 2383 B.G.B. ebenso wie der Erbe für die

[1]) Jaeger Erbenhaftung und Nachlasskonkurs S. 106—111.

Nachlassverbindlichkeiten haftet, wird nicht Erbe, tritt aber in Ansehung des Konkursverfahrens an die Stelle des Erben, es treffen ihn also an Stelle des Erben dessen Rechte und Pflichten eines Gemeinschuldners. Die Rechtsstellung im Konkurs wird hiedurch für den Erben eine andere und hierauf beziehen sich die Bestimmungen des § 232 II K.O.

a) Der Käufer hat in seinem Verhältnisse zum Erben die Nachlassverbindlichkeiten zu erfüllen, soweit nicht der Verkäufer nach § 2376 B.G.B. dafür haftet, dass sie nicht bestehen (§ 2378 B.G.B.). (Es sind das unter Anderem Vermächtnisse, Auflagen, Pflichtteilslasten, Ausgleichungspflichten oder Teilungsanordnungen.) Für solche vom Käufer zu erfüllende Nachlassverbindlichkeiten nimmt diesen gegenüber der Erbe die Stelle eines Nachlassgläubigers ein, kann also Antrag auf Konkurseröffnung stellen. Hinsichtlich solcher Nachlassverbindlichkeiten ist es ohne Belang, ob er den Nachlassgläubigern beschränkt oder unbeschränkt haftet.

Stellt der Erbe hier in der Rolle als Nachlassgläubiger Eröffnungsantrag, so hat er die Ueberschuldung glaubhaft zu machen (§ 105, § 215 K.O.)

b) Auch wegen der nicht zum Fall der Ziff. 1 gehörenden Nachlassverbindlichkeiten hat der Erbe ein Antragsrecht auf Eröffnung des Verfahrens, um seine Haftung zu begrenzen. Hier stellt er den Antrag als Erbe, braucht also Ueberschuldung nicht glaubhaft zu machen. Wenn der Erbe jedoch für diese Nachlassverbindlichkeiten unbeschränkt haftet, oder wenn eine Nachlassverwaltung angeordet ist, welche gleichfalls wie der Nachlasskonkurs seine Haftung auf den Nachlass beschränkt, kann er die Konkurseröffnung über den Nachlass nicht beantragen.

Trotz Verkaufs der Erbschaft soll der Erbe seine Erbeneigenschaften behalten. Deshalb bleiben auch

die Vorschriften der § 223 (Verbot des Zurückbehaltungsrechts an Nachlasssachen für hierauf gemachte Aufwendungen) § 234 Ziff. 1 (der Erbe als Massegläubiger) § 235 (der Erbe als Konkursgläubiger) K.O nach Verkauf der Erbschaft aufrecht erhalten. Dasselbe wie vom Erbschaftskäufer und Erben des § 232 K.O. gilt, wenn die Erbschaft weiter verkauft wird, oder mittels eines Vertrags, der nicht Kauf ist, in die Hand eines dritten gelangt.

14) Erbenkonkurs [1]) ist der Konkurs über das Vermögen der Erben.

Wenn zugleich Nachlasskonkurs vor dem Erbenkonkurs oder nachher, — vor Beendigung des Erbenkonkurs entstanden, — eröffnet ist, so treten hierdurch Wechselbeziehungen zwischen beiden Konkursmassen ins Leben.

a) Im Nachlasskonkurs können nur Nachlassgläubiger theilnehmen, niemals Erbengläubiger, es kann der Nachlasskonkurs auch nie von Erbengläubigern beantragt werden, wohl aber vom Erbenkonkursverwalter [2]). Die Masse des Nachlasskonkurses ist den Erbengläubigern vollständig entzogen.

b) Anders verhält es sich bei den Nachlassgläubigern, welche bei Eröffnung des Erbenkonkurses die Separirung [3]) des Nachlasses verlangen. Für den in § 234 berücksichtigten Fall des gleichzeitigen Nachlass- und Erbenkonkurses ist nun bestimmt, dass Nachlassgläubiger, denen der Erbe unbeschränkt haftet, nur dann sich im Erbenkonkurs betheiligen können, wenn sie und soweit sie mit ihrer Befriedigung im Nachlasskonkurs nicht zum Zug gelangten oder auf Befriedigung im Nachlasskonkurs verzichteten.

---

[1]) Jaeger, Erbenhaftung und Nachlasskonkurs. S. 91—103.
[2]) So auch Endemann B.G.B. III S. 443, Jaeger, Erbenhaftung und Nachlasskonkurs S. 96.
[3]) §§ 1976, 1977, 1981, 1984, 2013 B.G.B.

Gleichzeitige Anmeldung der vollen Forderung in beiden Konkursen ist unzulässig.

c) Nur im Erbenkonkurs, nicht auch im Konkurs des Erbenkäufers, der nur in Ansehnung des Verfahrens an die Stelle des Erben tritt, können die Nachlassgläubiger sich betheiligen.

d) Hat der Konkursverwalter gegen den Erben eine Ersatzforderung aus der Verwaltung des Nachlasses durch den Erben, so hat hier der Nachlasskonkursverwalter nicht die Stelle eines Absonderungsberechtigten, da ja eine Forderung gegen den Nachlass nicht besteht, sondern eines gewöhnlichen Konkursgläubigers im Erbenkonkurs.

e) Im Falle des § 234 II K.O. — wenn eine Ehefrau die Erbin ist und der Nachlass zum Gesamtgut gehört — haben die Nachlassgläubiger im Konkurs des Ehemannes die Rechtsstellung der im § 234 I K.O. bezeichneten Absonderungsberechtigten. L. Seuffert S. 44.

f) Haftet die Ehefrau als Erbin unbeschränkt und wurde der Nachlass nicht für das Gesamtgut erworben, ist ferner zugleich Nachlasskonkurs und Konkurs über die Erbin eröffnet, so haben die Nachlassgläubiger gleichfalls die Stellung von Absonderungsberechtigten gem. § 234 I K.O.[1])

15) Zum Nachlasskonkurs soll noch hier erwähnt werden, dass der Erbe nach Beendigung desselben den noch vorhandenen Massenüberschuss ausgehändigt bekommt. Nachlassgläubiger, denen der Erbe nicht unbeschränkt haftet und welche nicht zum Zug gelangten, können im Besitz von Vollstreckungstitel Befriedigung nur hieraus verlangen, ohne Einhaltung einer Rangordnung und diese Befriedigung muss der Erbe ihnen gewähren, indem er entweder den baaren

---

[1]) Jaeger, Erbenhaftung und Nachlasskonkurs, S. 103, Kommentar S. 753, Meyer S. 336.

Masseüberschuss hinausgibt, oder sie auf den Weg der Zwangsvollstreckung bezüglich der aus dem Konkurs übrig gebliebenen Massengegenständen verweist.

III. Rechtsstellung des Gemeinschuldners.

A. Allgemeines.

Mit der Eröffnung des Verfahrens verliert der Gemeinschuldner die Befugnis, sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und über dasselbe zu verfügen. Das Verwaltungs- und Verfügungsrecht wird durch einen Konkursverwalter ausgeübt (§ 6 K.O.) Mit dieser Bestimmung hat die Konkursordnung die Stellung des Gemeinschuldners gezeichnet. Nicht eine rechtliche Aenderung sollen seine Vermögensrechte erfahren, nur die Ausübung derselben sollen, soweit sie die Masse betreffen, von seiner Person während der Dauer des Konkursverfahrens getrennt sein; die Konkurseröffnung hat keinen Einfluss auf seine Handlungsfähigkeit, sie macht ihn seines Vermögens nicht verlustig; er bleibt Eigenthümer der Massegegenstäude nach wie vor, nur das aus dem Eigenthum fliessende Verwaltungs- und Verfügungsrecht verliert er von Anfang bis Ende des Konkurses. Es werden dem Gemeinschuldner zwar einige Beschränkungen auferlegt, aber es sind das nur Ausnahmen von dem Grundsatz, dass durch Konkurseröffnung die Rechtsbasis der Konkursmasse keine Aenderung erfahren soll.

Der Gemeinschuldner bleibt Subject der Konkursgegenstände und der in die Konkursmasse fallenden persönlichen und dinglichen Rechte. Ihn trifft also der Schaden bei Wertsminderung oder Untergang von Massegegenstände, da hiedurch sein Vermögen — das zur Befriedigung seiner Schulden bestimmt — geschmälert wird und der dementsprechend bei seinen

Gläubigern bei unzulänglicher Masse höher in seiner Schuld nach Konkursbeendigung stehen bleibt.

Aus den gleichen Gründen ist auch ein lediglich durch Konkurseröffnung hervorgerufenes Unterbrechen oder Ruhen der Verjährung bei Forderungsrechten des Gemeinschuldners ausgeschlossen.

Dagegen kommen für die Fragen der Verjährung von Forderungen gegen den Gemeinschuldner die hiefür im B. G. B. erlassenen Bestimmungen §§ 209 I u. II No. 2, 214, 211 II Satz 2 in Anwendung, wonach die Verjährung durch Anmeldung im Konkurs für die Dauer desselben hinsichtlich der angemeldeten Forderungen unterbrochen wird, ferner § 202,[1] wonach für nicht angemeldete Forderungen die Verjährung während der Dauer des Konkurses hinsichtlich der Konkursmasse gehemmt ist; denn während der Dauer des Konkurses ist ein Zugriff des einzelnen Gläubigers in die Konkursmasse nicht zulässig § 12 K.O. Dies äussert also die gleiche Wirkung wie eine Leistungsverweigerung des Verpflichteten. Nachdem die Verfolgung gläuberischer Ansprüche nur in die Konkursmasse unzulässig ist, bezieht sich die Hemmung der Verjährung auch nur hierauf.

Irgend ein Anspruch an die Person des Gemeinschuldners kann mit Ausnahme weniger im Interesse des Konkursverfahrens getroffener Gesetzesbestimmungen nicht gestellt werden, er bleibt Herr seiner Person und seiner Zeit. Höchst persönliche Rechte des Gemeinschuldners, Status- und Familienrechte des Gemeinschuldners stehen ausserhalb des Konkurses.

Da der Gemeinschuldner konkursfreies Vermögen besitzen kann, besteht auch die Möglichkeit eines zweiten Konkurses vor Beendigung des ersten. Von einer Betheiligung im zweiten Konkurs sind solche Gläubiger, welche durch Eröffnung des ersten Kon-

kurses nach § 14 K.O. in der Verfolgung ihrer Ansprüche beschränkt sind, ausgeschlossen [1]).

B. Insbesondere.

In welcher Beziehung der Gemeinschuldner zum Konkursverwalter steht, ergibt sich aus der Erörterung der Frage nach der Rechtsstellung des letzteren im Konkurs.

Es ist deshalb diese hier eingehend zu behandeln. Bei der Eröffnung des Konkursverfahrens ernennt das Gericht den Konkursverwalter (§ 110[1] K.O.) Diese Ernennung soll gleichzeitig neben dem Eröffnungsbeschlusse — nicht notwendiger Weise im Eröffnungsbeschluss — erfolgen zum Zweck der Sicherung der Masse und in Gangsetzen des Verfahrens. (S. Motive Hahn S. 303). Dieselbe Stunde, welche den Schuldner zum Gemeinschuldner stempelt, soll auch die Entstehungsstunde des „Konkursverwalter" sein, dieser löst jenen in Bezug auf die Verwaltung seines Vermögens und die Verfügung über dasselbe ab.

Die Aufgabe des Konkursverwalters, Zweck und Ziel seiner Thätigkeit ist die konkursordnungsmässige Befriedigung der Gläubiger; er hat die Konstituirung, Verwaltung, Versilberung und Vertheilung der Masse unter sich.

Hiedurch muss er naturgemäss sowohl zum Gemeinschuldner, als auch zu den Konkursgläubigern in Wechselbeziehungen treten, mit deren Hilfe vielfach seine rechtliche Stellung zum Gemeinschuldner im Konkurs construirt wird. Die Konkursordnung selbst hat diese Frage nicht entschieden, sondern die Lösung derselben der Wissenschaft überlassen. (Motive Hahn S. 46).

---

[1]) Hullmann S. 90. Stieglitz S. 71, Wilmowski S. 76, Petersen S. 12, 59, Sarwey-Bossert S. 32, 90; anderer Meinung Endemann S. 128 f, siehe auch Jaeger Kommentar S. 30.

Ein Rückblick auf das früher geltende Recht zeigt, dass man bereits damals sich über die rechtliche Stellung des Konkursverwalters und sein Verhältnis zum Gemeinschuldner nicht klar war.

Gemeines Recht.

Im gemeinen Recht waren zwei[1]) Aemter ausgebildet, welche die Aufgabe unseres heutigen Konkursverwalters zu erfüllen hatten. Es waren dies der Contradictor (*curator litis,* Konkursvertreter) und der *curator bonorum,* (Güterpfleger[2]). Deren Bestellung erfolgte durch die Richter in der Regel im Liquidations-Termine.

Der Contradictor, eine rechtskundige Person, hatte zur Aufgabe, die Schulden des Konkursschuldners festzustellen, indem er Einsicht in dessen Bücher und Korrespondenz nahm, den Schuldner und die betheiligten Personen über die einzelnen Rechtsgeschäfte befragte und sich so über jeden Posten Klarheit verschaffte. Er hatte die liquidirten Forderungen zu prüfen und alle Einwendungen den Gläubigern entgegenzustellen, wozu der Schuldner befugt gewesen war. Er hatte den gläuberischen Beweisen Gegenbeweise entgegenzusetzen und hiebei auch etwaige Eide zu leisten.

---

[1]) Ein drittes Amt kennt das Sächsische Recht im *curator massae* beim Konkurs von Kaufleuten; zu solchen Kuratoren wurden mit Vorliebe bestellt (vom Richter nach Vorschlag der Gläubiger) Handlungsgehilfen des Kaufmannes; mit Ausnahme des Schuldners konnte jeder Dritte bestellt werden, sogar die Ehefrau des Schuldners, diese jedoch nur bei Sicherheitsleistung. Dieselben hatten das kaufmännische Geschäft bis zur vollständigen Liquidation fortzuführen, sie standen unter der Aufsicht des *curator bonorum,* dem sie Rechnung zu stellen hatten; rechnerische Differenzen zwischen *curator massae* und *curator bonorum* wurden im Rechnungsprozess erledigt.

[2]) Der römische Kurator war ein richterlicher *commissarius,* während der gemeinrechtliche *curator bonorum* nichts Anderes ist, als ein vom Willen der Gläubiger und Richter abhängiger Verwalter des früheren schuldnerischen, nun der Gesamtheit der Gläubiger gehörigen Vermögens.

Der Contradictor konnte nach gemeinem Rechte[1]) weder ein Gläubiger, noch ein Verwandter eines solchen oder des Schuldners, noch eine verdächtige Person sein, der zuzutrauen war, dass sie nicht berechtigte Ansprüche zugestehen, oder absichtlich den Konkursprozess verlängern würde[2]); sie wurde in dieser Richtung vom Richter vereidigt.

Die Person des *contradictor* wurde vom Schuldner vorgeschlagen und auf dessen Vorschlag, wenn Hinderungsgründe nicht vorlagen, vom Richter bestellt. Er war gleichsam als Mandatarius und als Defensor des Schuldner anzusehen. Seine Bestellung wies das gerichtliche *curatorium* aus, Kautionspflicht hatte er keine; er hatte die Prioritätsfrage zu untersuchen, während ihn der Prioritätsstreit unter den Gläubigern selbst nichts anging.

Für die Führung seines Amtes wurde er nicht vom Konkursschuldner bezahlt, sondern seine Gebühren fielen unter die Konkurskosten.

Ganz getrennt von den Funktionen des Contra-

---

[1]) Dagegen gestattete man in Sachsen dem Gemeinschuldner in bestimmten Fällen, sein Creditwesen selbst zu vertreten. Früher hiess dies so viel: Es wurde gar kein *curator litis* eingesetzt, sondern der Gemeinschuldner verhandelte persönlich oder durch einen Bevollmächtigten mit den Gläubigern über die Richtigkeit ihrer Forderungen, auch wohl über die Stellung, die dem Einzelnen in Bezug auf Priorität zukam. Später hat sich dies dahin verändert, dass der Gemeinschnldner nur noch das Recht behalten hat, den *curator litis* zu ernennen und dem Richter zu präsentiren. Der Ernannte wird aber vom Richter, wie jeder andere Curator, für das Creditwesen verpflichtet, und ist mithin in Bezug auf Verwaltung des Amtes ganz unabhängig von den Weisungen des Gemeinschuldners und ebenso selbstständig wie der eigentliche *curator litis*. S. Günther, der Konkurs der Gläubiger nach gemeinem deutschen Rechte, Leipzig 1852.

[1]) Bei Konkursen von längerer Dauer als ein Jahr, waren jährliche, in Sachsen halbjährliche Abrechnungen mit Gebühren- und Kostenliquidationen der *curator litis* gebräuchlich und brachten somit länger dauernde Konkurse den *curatores litis* Vorteile. Der *curator litis* war in der Regel ein Advokat, von grossem Zutrauen zu dem Advokatenstand war die damalige Zeit, wie es scheint, nicht beseelt.

dictor war die Verwaltung, Erhaltung, bezw. Vermehrung und Versilberung der Masse, welche Aufgabe ganz allein dem *curator bonorum* oblag. Er hatte alles im Eigenthum des Konkursschuldners gestandene Vermögen zu sammeln, Aussenstände einzutreiben, solche schuldnerische Vermögensstücke, welche in fremden Händen sind, einzufordern und hierauf zu klagen, ungiltige Vermögensveräusserungen des Konkursschuldners mit der *actio Pauliana* anzufechten; er konnte auch Beklagter sein. Im Prozess ihm angetragene Eide hatte er zu schwören, wenn auch oft nur *de credulitate*. Die angesammelten Vermögensstücke hatte er zum Besten der Gläubiger zu Geld durch öffentlichen Verkauf zu machen und verzinslich, jedoch kurzfristig anzulegen.

Er war im Allgemeinen berechtigt und verpflichtet, wie der Pfleger eines Minderjährigen. Er hatte deshalb ein Güterverzeichnis anzulegen, über seine Verwaltung jährlich Rechnung zu stellen. Er stand unter Aufsicht von Gläubiger und Gericht, ohne deren Einwilligung er wichtige Dispositionen nicht treffen konnte. Nachdem viele Gelder durch seine Hände gingen, hatte er Kaution zu leisten.

Erwählt wurde der *curator bonorum* durch Mehrheitsbeschluss der Gläubiger, wie bei den Römern, bestellt und vereidigt vom Richter, unter dessen Aufsicht er stand. Der *curator bonorum* sollte rechtskundig sein und war mit Ausnahme des Gemeinschuldners jeder Dritte zugelassen, auch die Frau des Gemeinschuldners, nur musste sie einen rechtskundigen Beistand haben.

Für seine Mühewaltung konnte er Entschädigung verlangen, dies waren Konkurskosten. Gegen den *curator bonorum* hatte die Gläubigerschaft die *actio mandati directa,* wenn er von dieser erwählt war, die *actio negotiorum gestorum directa,* wenn er, wie in

Sachsen, ohne Mitwirkung der Gläubiger vom Richter bestellt war. Letzteres konnte nach gemeinen Recht dann eintreten, wenn die Bestellung durch die Gläubiger sich verzögerte, eine Güterverwaltung aber länger nicht zu entbehren war.

Die beiden Aemter des *contradictor* und des *curator bonorum* konnten in einer Person bei unbedeutender Konkursmasse vereinigt sein.

Aus vorstehenden kurzen Erläuterungen der Funktionen des *contradictor* und des *curator bonorum* ersieht man, dass ersterer die rechtlichen Interessen des Konkursschuldners dritten Personen gegenüber zu wahren hatte, letzterer nur mit einer realen, man möchte sagen, einer kaufmännischen Verwaltung und Liquidation der Konkursmasse zu thun hatte; da diese Masse zur Befriedigung der Gläubigerschaft bestimmt war, musste er demnach auch mehr deren Vorteil verfolgen, welcher sich allerdings nahezu immer mit dem Interesse des redlichen Schuldners, möglichst viel aus der Masse herauszuschlagen, deckte.

Ueber die Rechtsstellung, welche jedem dieser Kuratoren zuzukommen hatte, war man sich nicht einig.

So erachtete Schweppe (System des Konkurses der Gläubiger § 102) den *contradictor* für einen Stellvertreter der Gesamtheit der Gläubiger, ebenso wie den *curator bonorum*. Bayer (Konkursprozess § 42) hielt wohl den letzteren, nicht aber den ersteren für einen Stellvertreter der Gesamtheit der Gläubiger. Günther, (der Konkurs der Gläubiger S. 26) war der Ansicht, dass Beide die Gläubigeruniversitas repräsentiren und zwar der *curator litis* in dem Masse, dass er deren Interesse gegen jeden einzelnen Gläubiger wahrnimmt. Dass im Uebrigen der *curator litis* nur als Repräsentant der Gläubiger, nicht aber des Gemeinschuldners angesehen wurde, erkennt man vor-

züglich daraus, dass man allenthalben, wo gemeines Konkursrecht galt, oder dieses wenigstens die nicht blos materielle, sondern auch formelle Grundlage des Landeskonkursprozesses war, den Gläubigern gestattete, die Thätigkeit jenes Curators überflüssig zu machen, indem sie sich gegenseitig ihre Forderungen zugestanden, ohne dass man einen Widerspnuch des curator litis hiegegen beachtete, den man doch beachten hätte müssen, wenn man ihn für den Repräsentanten des Gemeinschuldners gehalten hätte.

Der *curator bonorum* hatte bei der Konkursverwaltung ohne Zweifel die wichtigere Seite derselben inne und so hatte sich auch die Doktrin mehr mit ihm abgegeben.

Die herrschende Ansicht in der gemeinrechtlichen Litteratur betrachtete den *curator bonorum* als Vertreter der Gläubigerschaft oder doch der Konkursgläubiger [1]).

Geltendes Recht.

a) Stellung des Gemeinschuldners zum Konkursverwalter.

Die Reichskonkursordnung kennt keine Spaltung der Konkursverwaltung, sondern nur einen Konkursverwalter, welcher zur Ausübung des Verwaltungs- und Verfügungsrechts über das im Eigenthum des Gemeinschuldners verbleibende Vermögen bestellt wurde.

1) Am verbreitetsten ist die Ansicht, dass der Verwalter der Vertreter des Gemeinschuldners hinsichtlich der zur Konkursmasse gehörigen Gegenstände [2]) ist.

[1]) So Dabelow, S. 579 f., Danz S. 170 f. Kori § 82, Bayer § 41, a. M. Fuchs S. 53, der den Curator als Vertreter des Cridars betrachtet.

[2]) Diese Ansicht wird vertreten von Petersen und Kleinfeller Ann. 3 Abs. I zu § 5 K.O. Petersen und Busch's Zeitschrift für deutschen Zivilprozess IX. 1—68, X. 30, XVII. 178 ff. in Gruchots Beiträge zur Erleuterung des deutschen Rechts XXXIV 777 ff. XXXVI 133, im sächsischen Archiv I

Das Hauptargument für diese Theorie wird darin gefunden, dass die Dispositionsbefugnis hinsichtlich des gemeinschuldnerischen Konkursvermögens dem Gemeinschuldner entzogen und dem Verwalter übertragen wird, dass ferner die Handlungen des Verwalters für den Gemeinschuldner bindend sind, also der Gemeinschuldner hieraus berechtigt und verpflichtet wird; seine Rechte und Pflichten leitet der Konkursverwalter vom Gemeinschuldner her; er bezahlt auch für ihn aus dessen Vermögen dessen Schulden, mit einem Wort, er vertritt ihn in Beziehung auf das Konkursvermögen.

An dieser Theorie ist richtig, dass der Gemeinschuldner durch Handlungen des Verwalters verpflichtet wird; es ist aber durchaus nicht zulässig, daraus auf eine Vertretung des Gemeinschuldners zu schliessen; denn dass der Gemeinschuldner durch die Handlungen des Verwalters verpflichtet wird, hat seinen Grund nicht darin, dass ihm die Vertretung, also die Disposition über das Konkursvermögen vom Gemeinschuldner übertragen ist, — das wäre schon deshalb nicht möglich, weil in § 6 K.O. das Gesetz diesem die Dispositionsbefugnis entzieht, dann kann er also über diese Befugnis nicht disponiren und sie nicht auf eine andere übertragen — sondern darin, dass das Gesetz die dem Gemeinschuldner entzogene Dispositionsbefugnis über die Masse dem Verwalter überträgt und dieser muss seine Pflicht bethätigen.

Nicht ein Recht des Gemeinschuldners vergegen-

---

1 ff, Wengler § 5 Amn. 2 S. 91 ff. Willenbücher Amn. 3 zu § 5, Endemann S. 423, Fitting S. 31 und 156 Amn. 1. Mandry § 50 S. 523, Schollmayer Zwischenstreit I 97, 98, Voss Archiv für civilistische Praxis LXXI. 285, Fuchs S. 103 Wilmowski Vorbem. zum I. Buch Amn. 2, Fuchs in Gruchots Beiträge XXXVIII. 241 ff. 262 ff, 518 ff. R. G. II 24, 270, VI, 408, J. W. 1887 S. 41; 1891 S. 11, Jaeger K. über offene Handelsgesellschaft S. 74 Kommentar S, 62 ff, Wolff S. 49. 50.

wärtigt das Amt des Verwalters, sondern eine gesetzliche Pflicht.

Es könnte sich überhaupt nur um eine dem Verwalter übertragene Zwangsvollmacht des Gemeinschuldners handeln, doch dafür müsste das Gesetz Anhaltspunkte geben. Im Gegentheil kann man bei Durchsicht des Gesetzes auf ganz Anderes als auf eine Vertretung des Gemeinschuldners kommen.

So kann der Verwalter den Gemeinschuldner zum Offenbarungseid vorladen (§ 125), damit diene letzterer seinem eigenen Interesse der Befriedigung der Gläubiger, erklären die Verfechter obiger Theorie. Dem Verwalter steht die Anfechtung von Rechtshandlungen des Gemeinschuldners zu. §§ 29 ff. K.O. Der erstere kann also hier Rechte ausüben, welche dem letzteren verschlossen sind; denn letzterer hat kein Anfechtungsrecht seiner Rechtshandlungen in diesem Sinne. Ja es lassen sich sogar Rechtsstreitigkeiten zwischen Verwalter und Gemeinschuldner denken, z. B. wegen Massenansprüche.

Ganz deutlich sieht man die Unhaltbarkeit obiger Theorie auch daraus, dass nur der Gemeinschuldner, nicht auch der Verwalter, der doch Vertreter sein soll, berechtigt ist, einen Zwangsvergleichsvorschlag zu bringen, (§ 173 K.O.); es kann vielmehr der Verwalter dem Willen des Gemeinschuldners entgegen Antrag auf Zurückweisung des Vergleichsvorschlages stellen (§§ 176, 184 K.O.). Ferner kann der Verwalter auch die Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung (§§ 126, 127 K.O.) der zur Masse gehörigen unbeweglichen Gegenstände bei der zuständigen Behörde betreiben gegen den Gemeinschuldner. Da kann man doch gewiss nicht mehr von Vertretung sprechen, wenn der Vertreter gegen seinen Vertetenen vorgeht.

2) Der Verwalter wird als Vertreter der Gläu-

biger oder der Gläubigerschaft angesehen [1]). Dementsprechend hat das Reichsgericht den Gemeinschuldner als einen Dritten bezeichnet, der im Prozesse über einen Konkursgegenstand als Zeuge nach § 393 No. 4 C.P.O. (R.G. VIII 413) vernommen werden kann. Ebenso anerkennt es den Verwalter für die Widerspruchsklage des § 771 C.P.O. als Dritten. (R.G. XVIII 393).

Zur Begründung der Theorie wird vorgebracht, dass die Gläubigerversammlung über die Wahl des Verwalters beschliesst (§§ 110, 80 K.O.), dass der Gläubigerausschuss die Geschäftsführung des Verwalters unterstützt und überwacht, dass er diesem Bericht und Rechnung zu stellen hat (§ 88 K.O.), dass die Gläubigerversammlung die grundlegenden Züge der Konkursverwaltung vorzeichnet (§ 132 K.O), dass der Gläubigerausschuss, bezw. die Gläubigerversammlung dem Verwalter die Genehmigung bei bestimmten Verkäufen und Eingehung von Rechtsgeschäften zu ertheilen hat (§ 134 K.O.). Nicht zuletzt wird erwähnt, dass die Konkursmasse zur gemeinschaftlichen Befriedigung aller persönlichen Gläubiger dient (§ 3 K.O.), dass ihnen die Anfechtung zu Gute kommt, dass also die gesamte Thätigkeit des Verwalters den Interessen der Gläubiger, nicht des Gemeinschuldners gewidmet ist.

Trotzalledem darf an eine Vertretung der Gläubigergesamtheit nicht gedacht werden. Vor allem ist diese Gesamtheit kein Rechtssubjekt, weshalb auch eine Vertretung nicht möglich ist. Eine Vertretung der sämtlichen einzelnen Gläubiger kann auch nicht angenommen werden, da z. B. im Prüfungstermin der Verwalter bei der Feststellung der Konkursforder-

[1]) von Kohler S. 399 ff. Hellmann S 968, 973 und in der Kritischen Vierteljahrschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft XXVII 240, R. G. VI. 112. VIII 413 XVIII. 393. J. W. 1884 S. 48, 1891 S. 179, in Gruchots Beiträge XXXV. 1166.

ungen oft gegen einzelne Gläubiger auftreten muss; er ist auch berechtigt, entgegen den Anträgen der Gläubigerversammlung andere zu stellen (§ 99 K.O.); dies kann man doch nicht als Vertretungsverhandlungen ansehen.

Wenn den Gläubigern ein Wahlrecht hinsichtlich des Verwalters, sowie ein Einfluss auf die Verwaltung desselben zusteht, so hat dies mit seiner Rechtsstellung nichts zu thun, sondern es werden hiemit nur billigen Rücksichten auf die Gläubiger Rechnung getragen, die doch das vordringlichste Interesse an einer vorteilhaften Vermögensverwaltung und an der Aufstellung einer hiezu fähigen Person haben.

Schon deshalb lässt sich die hier besprochene Theorie nicht konstruiren, da nach der Reichskonkursordnung dem Gemeinschuldner das Eigenthum am Vermögen verbleibt und das Verwaltungs- und Verfügungsrecht nicht auf die Gläubiger, sondern direkt auf den Verwalter übergeht. Da diese Dispositionsbefugnis nicht von den Gläubigern ihm übertragen ist, kann er doch auch nicht in dieser Befugnis deren Rechte ausüben.

3) Der Verwalter ist der Vertreter des Gemeinschuldners und der Gläubiger, d. h. der Masse.[1])

4) Der Verwalter wird hinsichtlich der Anfechtungen als Vertreter der Gläubiger, sonst als Vertreter des Gemeinschuldner betrachtet.[2])

---

[1]) So Stieglitz, die K.O. f. das deutsche Reich, Anm. 4 zu § 5, Dernburg Preuss, Privatrecht II § 115, Korn Anfechtung von Rechfshandlungen der Schuldner in und ausser dem Konkurs S. 24. 167. Die preuss. K. O. §§ 131, 215 hatte den Verwalter ausdrücklich für den Vertreter der Gläubigerschaft und der Masse erklärt.

[2]) So Cosack, das Anfechtungsrecht der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners innerhalb und ausserhalb des Konkurses S. 234, Grützmann, das Anfechtungsrecht der benachteiligten Konkursgläubiger S. 204, 212, Otto, die Anfechtung von Rechtshandlungen nach gemein. sächs. und deutschen Reichsrechte S. 155 f. Wach Handbuch des deutschen

Die beiden vorstehenden Theorien offenbaren sofort ihre Schwächen; denn eine Vertretung von Schuldner und Gläubiger zusammen kann man sich ohne Interessencollision der einen oder anderen Seite nicht denken, ebenso verhält es sich mit einer nur partiellen Vertretung einmal der einen Seite, dann wieder der anderen Seite.

5) Nach Völderndorff I 39—41, 127, 396, 592, ist der Verwalter der gesetzliche Güterpfleger der Konkursmasse. Er ist rechtlich der Stellvertreter des durch die Konkurseröffnung der Disposition des Gemeinschuldners entzogenen und zu einem durch den ihm gesetzlich zugewiesenen Zweck der Befriedigung der Gläubiger selbstständig gewordenen Vermögens.

6) Der Verwalterist der Vertreter eines Rechtssubjekts, einer vom „Gesetz gewollten, zum bestimmten Zweck „subjektlos zu führenden Verwaltung. [1])

Die beiden vorstehenden Theorien sind schon um deswillen rechtlich nicht durchführbar, weil die Masse nach wie vor der Konkurseröffnung Vermögen des Gemeinschuldners bleibt, somit weder ein selbstständiges Vermögen, noch ein subjektloses Vermögen geworden ist.

7) Der Verwalter wird betrachtet als ein Organ, welches kraft Amts, ohne Vertreter oder Rechtsnachfolger des Gemeinschuldners zu sein, Rechte desselben ausübt, um dadurch die vom Staat in der Form des Konkurses gewährte Art des Rechtsschutzes zur Durchführung zu bringen. [2])

Civilprozessrechts I 543 ff, 589 ff, Schultze das deutche Konkursrecht in seinen juristischen Grundlagen S. 36—39.

[1]) So Eccius Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts 6 Aufl. I 797 ff. und in Gruchots Beiträge XXXVI. 897; das Reichsgericht in der Entscheidung XXXIII 367 behandelt die Konkursmasse als ein Rechtssubject.

[2]) Oetker, Konkursrechtliche Grundbegriffe I 51, 112, 314 ff. Stegemann in Busch's Zeitschrift f. deutsch. Civilprozess XVII. 348, ff, 358 ff, 372, Krech-Fischer, Kommentar zum preuss.

Ich pflichte unter Verwerfung der Vertretungstheorien der Ansicht bei, dass der Verwalter ein im öffentlichen Interesse geschaffenes Organ ist, damit betraut, in Wahrung des Konkurszweckes, sein Amt zu führen, seine Legitimation fliesst direkt aus dem Gesetze; er hat die Interessen der Konkursgläubiger und des Gemeinschuldners, welche sich in der Masse begegnen, in Erfüllung seiner gesetzlichen Pflichten wahrzunehmen. Seine oberste Aufgabe ist jedoch nicht, den Konkursgläubiger oder den Gemeinschuldner zu vertreten, sondern sein Augenmerk hat sich darauf zu richten, dass ja nichts der Masse entzogen bleibt, was zu ihr gehört, um so eine dem wirklichen Vermögen des Gemeinschuldners entsprechende, möglichst hohe Masse zu erzielen.

Das Reichsgericht in seiner Entscheidung XXIX S. 29 ff. vertritt diese Ansicht in überzeugender Weise. Es spricht davon, dass der Verwalter in seiner amtlichen Stellung selbstständige Prozesspartei werde, und es mache ihn der Umstand, dass er hiebei in gewisser Weise die Interessen des Gemeinschuldner und der Konkursgläubiger vertrete, ohne gesetzliche Bestimmung nicht zum gesetzlichen Vertreter dieser Personen.

„Er handelt nicht als Vertreter des Gemeinschuldner oder der Konkursgläubiger; denn seine Funktionen gehen über den Kreis der rechtlichen Befugnisse derselben hinaus. Er handelt nicht als Vertreter der Konkursmasse, die überhaupt kein Vermögensobject, sondern nur ein der Verfügung des Konkursverwalters unterworfenes Vermögensobjekt bildet. Er handelt lediglich kraft gesetzlichen Auftrages zur Erfüllung der ihm gestellten Aufgabe. Hat

---

Zwangsvollstreckungsgesetz S. 127 und in Busch's Zeitschrif f. d. Civilprozess X 436, Thiele im Archiv für civilistische Praxis LXXXII 30 und in Gruchots Beiträgen XXXIX 601. Sarwey-Bossert S. 65.

er hiebei auch die Interessen des Gemeinschuldners und der Konkursgläubiger wahrzunehmen, so geschieht dies doch nicht in stellvertretender Ausübung von rechtlichen Befugnissen dieser Personen, sondern in Erfüllung der ihm gesetzlich auferlegten Verpflichtungen. Wie diese Verpflichtungen seine eignen sind, so sind auch die ihm zur Ermöglichung ihrer Erfüllung beigelegten Berechtigungen seine eignen, und dazu gehört auch die Dispositionsbefugnis über das zur Konkursmasre gezogene Vermögen. Die gesetzliche Dispositionsgewalt der Konkursverwaltung erklärt es, dass dieses Vermögen, wenn überhaupt, nur so, wie es durch die Verwaltung des Konkursverwalters geworden ist, in die Verfügung des Gemeinschuldners zurückkehren kann.

Darum werden auch die in der Konkursverwaltung vorkommenden Prozesse vom Konkursverwalter in dieser gesetzlichen Eigenschaft geführt, nicht in Vertretung des Gemeinschuldners. Es ist vollkommen zutreffend, wenn die Motive zum Entwurf der Konkursordnung dem Gemeinschuldner für diese Prozesse die Legimitation zur Sache absprechen."

Mit dieser Theorie, welche den Verwalter kraft seines gesetzlichen Amtes handeln lässt, kommt man über die den übrigen Theorien entgegenstehenden Schwierigkeiten hinweg, da sich mit dieser die gesetzlichen, den Verwalter betreffenden Bestimmungen der Konkursordnung leicht vereinbaren lassen. Das Amt des Verwalters ist eben, soweit den Gläubigern ein Einfluss zusteht, vom Gesetz selbst beschränkt worden; er ist in seinen Amtsverrichtungen der Gläubigerversammlung, dem Gläubigerausschuss, dem Konkursgericht bald subordinirt, bald koordinirt, immer aber untersteht er dem Konkursgericht als Aufsichts- und Disziplinarbehörde (§§ 83, 86, 75 K.O.); obwohl der Verwalter ein Staatsamt — weil ihm

vom Staat übertragen — inne hat, ist er doch nicht Staatsbeamter. Aus vorstehender Erörterung der Rechtsstellung des Verwalters ersieht man, dass der Gemeinschuldner in diesem nicht seinen gesetzlichen Vertreter hat.

Er ist demselben auch nicht untergeordnet, sondern er hat lediglich der Dispositionsgewalt desselben zu weichen, der Gemeinschuldner hat ferner seine ihm in der Konkursordnung auferlegten Pflichten dem Verwalter gegenüber zu erfüllen, er hat auf der anderen Seite aber auch wieder Rechte, welche ihm durch die Konkursordnung gegeben sind und durch die Konkursverwaltung nicht entzogen werden können. Siehe über die Rechte und Pflichten des Gemeinschuldners die späteren Ausführungen.

b) Einwirkung der Konkurseröffnung auf die Dispositionsfähigkeit des Gemeinschuldners.

Dem Gemeinschuldner sollen alle Rechte verbleiben mit Ausnahme der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis hinsichtlich der Konkursmasse. Diese ist nunmehr von dem Konkursverwalter auszuüben zum Zweck der allseitigen Regulirung der Rechtsverhältnisse zwischen Gemeinschuldner und denjenigen welche berechtigte Ansprüche an die Konkursmasse erheben, hiebei erfolgt die Ausübung der Dispositionsbefugnis des Verwalters mit bleibender Wirkung für die Masse, bezw. deren Eigenthümer; es wirken also die von dem Verwalter vorgenommenen Handluugen für oder gegen den Gemeinschuldner auch nach Beendigung des Konkurses noch fort; letzterer muss sich also auch die nach § 17 K.O. getroffene Wahl des Verwalters, sowie die an seine Geschäftsführung sich knüpfenden Warenein- und Verkäufe, Dienst- und Miethverträge u. s. w. gefallen lassen, hat jedoch gegen dolose Handlungen desselben Ansprüche an ihn.

Handlungen, welche über die Dispositionsbefugnis des Verwalters in erkennbarer Weise hinausgehen, wirken nicht gegen die Masse, nicht gegen den Gemeinschuldner.

1) Der Gemeinschuldner verliert nicht die Prozessfähigkeit, es fehlt ihm nur in Prozessen mit Beziehung auf die Konkursmasse die *legitimatio ad causam* und dies hat zur Folge, dass mit der Eröffnung des Konkurses die Unterbrechung der anhängigen Rechtsstreitigkeiten (§ 240 C. P. O.) eintritt, soweit diese sich auf die Konkursmasse beziehen. Sind also nicht vermögensrechtliche Rechtsstreitigkeiten z. B. Ehescheidungs-, Vaterschaftsklagen anhängig, und handelt es sich in den Prozessen um Rechte, welche die Konkursmasse nicht berühren, so findet aus Gründen der Konkurseröffnung eine Unterbrechung des Verfahrens nicht statt.

Die unterbrochenen Prozesse über das zur Konkursmasse gehörige Vermögen können durch den Verwalter in der Lage, in der sie sich befinden, aufgenommen werden (§ 10 [1] K.O.), es können von ihm und gegen ihn auch neue Prozesse erhoben werden. In solchen Prozessen ist nicht der dispositionsunfähige Gemeinschuldner, vertreten durch den Verwalter, Partei, sondern dieser selbst kraft seines Verwaltungsrechts. Und so kann der Gemeinschuldner als dritte Person zeugschaftlich vernommen werden, der Konkursverwalter kann gegenüber einer vor der Konkurseröffnung gegen den Gemeinschuldner vollstreckten Pfändung als dritter im Sinne des § 771 C. P. O. in dem dort bestimmten Gerichtsstand klagen. Ausgeschlossen sind für den Gemeinschuldner in solchen Prozessen alle Parteieneide. Einen weiteren Beweis, dass er nicht Partei ist, sieht man daraus, dass die Wirkung der Rechtskraft eines in einem derartigen Rechtsstreit des Verwalters gegen diesen

erlassenen Urteils nicht den Gemeinschuldner erfasst; letzterer kann ferner auch dann, wenn der Verwalter mit seinen in der Klage für die Konkursmasse vorgebrachten Anspruch abgewiesen und nunmehr derselbe Anspruch vom Gemeinschuldner als in sein konkursfreies Vermögen gehörig gestellt wird, nicht die Einrede der *res judicata* entgegen gesetzt werden. [1])

2) Nur bezüglich der Konkursmasse verliert der Gemeinschuldner das Verwaltungs- und Verfügungsrecht. Er kann also über sein konkursfreies Vermögen völlig rechtsgültig disponiren, kann rechtsgültig Wechsel ausstellen, daraus verklagt werden *durante concursu*, es kann das hierauf ergangene Urteil vollstreckt werden in sein konkursfreies Vermögen. [2])

Er kann sogar bezüglich der Konkursgegenstände rechtsgiltig Rechtshandlungen — hierher gehören auch Anerkenntnisse, Verzicht auf Einreden, Genehmigung etc., wodurch der eine Konkursgläubiger in eine bessere Lage vor dem andern käme — vornehmen mit der Einschränkung des § 7 K.O., wonach solche Handlungen den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam sind [3]), wenn sie nicht vom Konkursverwalter geneh-

---

[1]) Ebenso Schultze S. 97; a. M. Petersen S. 51, Wilmowski S. 57.

[2]) Siehe Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten XXX. 456 R.O.H.G. XII 104, XIII 89 ff. Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung für Sachsen von Tauschnitz XVI 282. Busch's Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts VI 299 f. Striethorat's Archiv für Rechtsfälle XXXIV. 328 ff. LVII 267 ff.

[3]) Wenn nicht die Motive sich dahin aussprechen würden, dass auch während des Konkursverfahrens Handlungen des Gemeinschuldners überall da, wo die Konkursmasse nicht berührt wird, in völliger Geltung vorgenommen werden, könnte man den § 7 KO. bei den Mangel einer näheren Bezeichnung der „Rechtshandlungen" bezw. deren Einschränkung auf die Konkursmasse so auffassen, als ob überhaupt alle Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, also auch hinsichtlich seines

migt werden, oder wenn es nicht Rechtshandlungen sind, welche nach §§ 878, 892, 893, 1260 I B.G.B. zu beurteilen sind.

Solche Rechtshandlungen sind also nur den Konkursgläubigern gegenüber, nicht aber dem Gemeinschuldner und dem Dritten gegenüber unwirksam, keiner der beiden Kontrahenten kann sich für seine Person auf § 7 K.O. berufen. Der Wert solcher Rechtshandlungen wird immer ein zweifelhafter sein, da dieselben für die Masse unverbindlich sind; eine tatsächliche Wirkung solcher Verträge wird in der Regel erst nach Beendigung des Konkurses, wenn Massegegenstände übrig geblieben sind, und nachdem dem Gemeinschuldner die Dispositionsfähigkeit über diese wieder eingeräumt worden ist, ersichtlich für die Aussenwelt eintreten.

Die Mehrzahl der Schriftsteller neigen der Ansicht zu, dass auch nach Beendigung des Konkurses die bezüglich der Massegegenstände während des Konkurses vorgenommenen Rechtshandlungen den (nun früheren) Konkursgläubigern gegenüber unwirksam bleiben. [1])

Dies erachte ich für falsch. Der § 7 K.O. gibt eine auf das Konkursverfahren bezügliche, im Interesse der Gesamtheit der Konkursgläubiger gegebene Bestimmung. Der Zweck ist nur der Schutz der Massegegenstände; jedoch besteht dieses Schutzinteresse nur so lange als der Konkurs dauert. Nach

---

konkursfreien Vermögens, gegenüber den Konkursgläubigern unwirksam wären. Eine solche Bestimmung liesse sich aber nicht mit dem Sinn der Konkursordnung vereinen, denn, was nicht znr Konkursmasse gehört, soll auch die Konkursgläubiger nicht berühren.

[1]) So Wilmowski S. 60, Petersen S. 44, Endemann S. 119, Völderndorff I 142, Stieglitz S. 52, Mandry-Geib civilrechtl. Inhalt S. 115 Nr. 6, Sarwey-Bossert S. 72.

Ebenso Fitting S. 210, wenn der Verwalter die Unwirksamkeit geltend gemacht hatte.

Beendigung des Konkurses kann jeder Konkursgläubiger, nun wieder zum gewöhnlichen Gläubiger geworden, ohne Rücksicht auf Mitgläubiger seine Rechte verfolgen. Warum soll dieser dann eines besonderen Schutzes teilhaftig werden, und warum sollen gerade ihm gegenüber bestimmte Rechtshandlungen unwirksam sein? Ferner hatten ja die Konkursgläubiger durch den ihrem Einfluss unterstehenden Verwalter das vollendetste Befriedigungsrecht an den Konkursgegenständen während des Konkurses, unbekümmert um Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, welche ja während des Konkurses den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam sind, also die Masse nicht beeinträchtigen können. Werden also bei Konkursbeendigung noch vorhandene Massegegenstände trotz Vorhandensein noch ungedeckter Gläubigeransprüche an den Gemeinschuldner hinausgegeben, dann ist das so aufzufassen, als ob die Konkursgläubiger durch den ihrem Einfluss unterstehenden Konkursverwalter auf Befriedigung hieraus verzichtet hätten.

Hatte der Gemeinschuldner über zur Konkursmasse gehörige Gegenstände, welche vom Konkursverwalter mangels Kenntnis ihrer Existenz in die Masse nicht gezogen worden waren, Rechtshandlungen vorgenommen, — gleichgiltig ob während oder nach Beendigung des Konkurses — so gilt dasselbe wie im vorigen Fall. Gem. § 166[II] K.O. werden sie nachträglich wie Massegegenstände behandelt. Rechtshandlungen des Gemeinschuldner, an diesen seit Konkurseröffnung vorgenommenen, sind solange den (früheren) Konkursgläubigern gegenüber unwirksam, als sie nicht unter konkursmässiger Behandlung gestanden sind. Werden vom Verwalter an den Gemeinschuldner solche Gegenstände wieder zurückgegeben, dann sind auch die vorgenommenen Rechts-

handlungen dem Konkursgläubiger gegenüber wirksam. [1])

3) Da der Gemeinschuldner über konkursfreies Vermögen frei disponiren kann, kann auch der Fall eintreten, dass er mit dem Konkursverwalter in ein Vertragsverhältnis und in einen Rechtsstreit hierüber tritt. Er kann diesem z. B. einen nach Konkurseröffnung erworbenen Gegenstand vermieten, verpachten, verkaufen, wodurch Rechte des Gemeinschuldners auf Gegenleistung aus der — ihm gehörigen — Konkursmasse entstehen, oder der Verwalter kann bei derartigen Geschäften Rechte erwerben, die sich auf das konkursfreie Vermögen beziehen. Diese eigenartigen Wechselbeziehungen hinsichtlich der Gegenstände eines Eigentümers haben ihre Ursache ganz allein in der getrennten Verwaltung. Man möchte fast versucht sein, an einen Sonderkonkurs zu denken, welcher nur einen Teil des Vermögens des Schuldners, sein vor Konkurseröffnung vorhandenes Vermögen ergreift.

Diese Trennung der Vermögensmassen bringt es auch mit sich, dass der Gemeinschuldner nicht nur als Massegläubiger z. B. wegen ihm bewilligten Anspruch auf Lebensunterhalt, sondern auch als Konkursgläubiger in seinem eigenen Konkurs beteiligt sein kann. Letzterer Fall lässt sich beispielsweise so konstruiren, dass der Gemeinschuldner nach Konkurseröffnung eine Forderung eines Konkursgläubigers erwirbt. Diese Forderung bildet dann einen Teil seines neuen konkursfreien Vermögens und hat er Anspruch auf die aus der Konkursmasse hierauf fallende Dividende. Eine Konfusion kann, obwohl er Eigentümer der schuldnerischen Masse und der an diese gestellten Forderung ist, ohne Weiteres nicht

[1]) Aehnlich Wolff S. 57, Schultze S. 334, jedoch mit anderer Begründung.

eintreten, da die Konkursmasse als vom konkursfreien Vermögen völlig getrennte Masse einer anderen Verfügung unterliegt als die Forderung, dem Konkursverwalter also eine Disposition über die Forderung nicht zusteht, er auch konkursfreies Vermögen nicht zur Masse ziehen darf. Mit Konkurseröffnung ist nicht nur die Aktivmasse, sondern auch die Passivmasse begrenzt, an welche Grenzen der Verwalter gebunden ist. Wenn der Gemeinschuldner eine solche Forderung als Konkursgläubiger nicht geltend machen will, so ist das nichts anderes, als ein zu Gunsten seiner „Mitgläubiger" ausgesprochener Verzicht auf Befriedigung aus der Masse, keineswegs aber eine Konfusion.

4) Dass der Gemeinschuldner, wenn er vom Konkursverwalter mit dessen Vertretung in Prozessen über die Masse betraut ist [1]), die Vertretung in amtsgerichtlichen Prozessen und in allen anderen Rechtsstreitigkeiten, wo die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft für den Vertreter nicht bedingt ist — der Rechtsanwalt verliert die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft durch die Konkurseröffnung über sein Vermögen (Rechtsanwaltsordnung § 5 No. 3, § 43 No. 1, § 22) — führen kann, ist nicht abzuleugnen. Daraus aber weiter zu folgern, wie Endemann, dass der Gemeinschuldner ohne Auftrag oder Vollmacht gegen Sicherheitsleistung (gem. § 85[I] C.P.O.) einstweilen, bevor also der Konkursverwalter in Tätigkeit tritt, als dessen Vertreter zugelassen werden darf, ginge über die Absicht des Gesetzes, dem Gemeinschuldner die Dispositionsbefugnis zu entziehen, hinaus; denn im ersten Fall übt der Gemeinschuldner nur die Befugnis des Verwalters aus; nicht seine Verfügungsmacht ist es, sondern die des Verwalters, welche er betätigt; verursacht der Gemeinschuldner der

[1]) So Endemann S. 111. Völderndorff I 171.

Masse in Ausübung der Verfügungsmacht des Verwalters Schaden, so haftet hiefür der Masse gegenüber der Verwalter, nicht der Gemeinschuldner. Im zweiten Fall dagegen träfe die Haftung nicht den Verwalter, sondern, wie schon aus der von Endemann für diesen Fall verlangten „Sicherheitsleistung" zu folgern ist, den Gemeinschuldner unmittelbar. Es wäre also demselben eine Dispositionsbefugnis gegen Sicherheitsleistung entgegen den konkursrechtlichen Bestimmungen zugestanden. Es würde dies auch zu der schon im gemeinen Recht und auch besonders im geltenden Recht verpönten Verwaltung der Konkursmasse durch den Gemeinschuldner führen.

5) Dass der Gemeinschuldner während des Konkurses hinsichtlich seines konkursfreien Vermögens jede Parteirolle im Prozess einnehmen kann, bedarf keiner Erwähnung. Er kann aber auch als Kläger und Beklagter in Rechtsstreitigkeiten über Massegegenstände unter bestimmten Voraussetzungen selbstständig während des Konkurses auftreten. So kann er einen Rechtsanspruch gegen den Verwalter klageweise geltend machen, wenn er behauptet, dass vom Verwalter zur Masse gezogene Gegenstände konkursfreies Vermögen seien. Wird von Konkursgläubigern auf Geltendmachung ihrer Forderungen im Konkurs verzichtet, oder wird die Aufnahme von Rechtsstreitigkeiten über das zur Konkursmasse gehörige Vermögen, welche bei Konkurseröffnung für den Gemeinschuldner anhängig waren (§ 10 K.O.), vom Verwalter abgelehnt, so können diese Konkursgläubiger gegen den Gemeinschuldner während der Dauer des Konkurses Prozesse führen, bezw. den unterbrochenen Rechtsstreit wieder aufnehmen. Zur Wiederaufnahme im Fall des § 10 K.O. ist, wie schon erwähnt, auch der Gemeinschuldner berechtigt.

Obsiegt der Gemeinschuldner, so berührt dies in

dem Fall, dass der Prozessgegner auf Geltendmachung seiner Forderung im Konkurs verzichtet hatte, die Konkursmasse nicht. Obsiegt jedoch der Gemeinschuldner im Fall des § 10 K.O., so ist der Verwalter berechtigt, die Rechte aus dem obsiegenden Urteil für die Konkursmasse in Anspruch zu nehmen; die erstrittenen Rechte betreffen die Konkursmasse und gehören also dazu.

Unterliegt der Gemeinschuldner in den Prozessen, so hat dies in beiden Fällen keinen Einfluss auf die Masse, da kein Gläubiger aus der Konkursmasse entgegen den Konkursgläubigern während des Verfahrens Befriedigung erlangen kann. (§ 15 K.O.)

Es gewährt also ein gegen den Gemeinschuldner verwirktes Urteil nur eine Executionsmöglichkeit während der Dauer des Konkurses in sein konkursfreies Vermögen, soweit es der Pfändung unterliegt, und nach Konkursbeendigung in die noch vorhandene Masse.

6) Der § 9 K.O. stellt die Entscheidung über die Aufnahme oder Ausschlagung einer vor Konkurseröffnung dem Gemeinschuldner angefallenen Erbschaft oder eines Vermächtnisses diesem anheim. Es kann hierin eine Ausnahme von § 6 K.O. nicht gefunden werden, denn nur über sein zur „Konkursmasse“ gehöriges Vermögen verliert der Gemeinschuldner die Disposition. Erbschaften, sowie Vermächtnisse fallen nun zwar nach §§ 1922, 1942, 2176 B.G.B. sofort mit dem Tode des Erblassers den Erben, bezw. Vermächtnisnehmer an, jedoch dieser Anfall ist so lange nicht definitiv, als der Erbe, bezw. Vermächtnisnehmer nicht die Annahme erklärt hat, oder die für die Ausschlagung des Erben vorgeschriebene Frist noch nicht verstrichen ist. (§§ 1943, 2180 B.G.B.). Wenn somit bei Konkurseröffnung das Ausschlagungsrecht noch besteht, also noch unentschieden ist, ob die

Erbschaft, das Vermächtnis zum Vermögen des Erben, des Vermächtnisnehmer definitiv gehört oder nicht, dann kann auch nicht ohne Weiteres dieser Vermögenserwerb für die Konkursmasse in Anspruch genommen werden; dieser steht noch ausserhalb des Konkurses und so lange dies der Fall ist, besteht auch kein Verfügungsrecht des Verwalters, das sich nur über das Vermögen im Konkurs erstreckt. Mit dem Augenblick aber, wo sie Annahme erklärt, die Ausschlagungsfrist verstrichen ist, gehört der Vermögenserwerb *ex tunc* in die Masse, der Gemeinschuldner kann sodann hierüber ebensowenig verfügen, als über die übrigen Massegegenstände.

Der Verwalter kann es ablehnen, die Erbschaft, besw. das Vermächtnis in die Masse zu nehmen, mit der Wirkung dass die letztere von den Lasten der Erbschaft, des Vermächtnisses ebenfalls frei bleibt.

Mit dem Annahme- bezw. Ausschlagungsrecht darf bei einer bedingten Erbschaft nicht identificirt werden ein Recht des Gemeinschuldners nach bereits erfolgter Erbschaftsannahme, durch Erfüllung oder Nichterfüllung der Bedingung die Erbschaftsannahme wieder illusorisch zu machen. Wenn hier der Gemeinschuldner die vorgeschriebene Erfüllung der Bedingung unterlässt, dann wird die Masse der Erbschaft verlustig, da die Konkursordnung dem Gemeinschuldner zur Vornahme von Handlungen nicht verpflichtet. Besteht aber die Bedingung in einem Unterlassen und der Gemeinschuldner nimmt dem entgegen eine Handlung vor, wodurch die Bedingung unerfüllt bleibt, so bleibt nichts destoweniger die Erbschaft in der Masse, da sich die Handlung des Gemeinschuldners als eine Rechtshandlung an einem Konkursgegenstand — die Erbschaft ist hier bereits Konkursgegenstand, da sie angenommen war — nach Konkurseröffnung darstellt, welche nach § 7 K.O. den Konkursgläubigern gegen-

über unwirksam sind. Dritten gegenüber tritt die Wirkung der Nichterfüllung d. i. der Verlust der Erbschaft ein und haben sich solche mit eventuellen Regressen an den Gemeinschuldner persönlich zu halten, Masseansprüche sind das nicht. [1])

Anders verhält sich Vorstehendes bei einem bedingten oder befristeten Vermächtnis, da dieses erst mit Eintritt der Bedingung, bezw. des Termins dem Vermächtnisnehmer anfällt (§ 2177 B.G.B.) also überhaupt nicht zur Konkursmasse gehört.

Was von der Annahme, bezw. Ausschlagung der vor Konkurseröffnung angefallenen Erbschaft gilt, findet auch Anwendung auf den Fall der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§ 9 Satz 2 K.O.). Nach § 1483 B.G.B. wird die allgemeine Gütergemeinschaft zwischen dem überlebenden Ehegatten und den gemeinschaftlichen im Fall der gesetzlichen Erbfolge als Erben berufenen Abkömmlingen fortgesetzt, wenn dies nicht vom überlebenden Ehegatten fristgerecht abgelehnt wird. (§ § 1484, 1943—1947, 1950, 1952, 1954 — 1957, 1959 B.G.B.) Besteht nun bei Konkurseröffnung das Ablehnungsrecht noch, dann kann der überlebende in Konkurs geratene Ehegatte ablehnen mit dem Erfolg, dass nicht das Gesamtgut, sondern nach Auseinandersetzung der Anteil des überlebenden Ehegatten am Gesamtgut in die Masse fällt.

Unter die Bestimmungen des § 9 K.O fallen auch der Voraus (§ 1932 B.G.B.) und der sog. Dreissigste (§ 1969 B.G.B.) da diese gleich den Vermächtnissen betrachtet werden sollen.

7) Besondere Bestimmungen hat die Konkursordnung getroffen für den Fall, dass nach Konkurseröffnung eine zur Konkursmasse zu erfüllende Verbindlichkeit an den Gemeinschuldner geleistet wird.

---

[1]) Wolff S. 65, Sarwey-Bosert S. 44, Völderndorff I 74 ff., Seuffert S. 79.

Der § 8 K.O. macht von dem Grundsatz, dass der Gemeinschuldner hinsichtlich seines Konkursvermögens dispositionsunfähig wird, keine Ausnahme, sondern regelt nur die Rechtslage des Leistenden den Konkursgläubigern gegenüber.

Soweit das Geleistete in die Masse floss, oder die Leistung ohne Kenntnis der Konkurseröffnung erfolgte (Beweislast verschieden je nachdem vor oder nach der öffentlichen Bekanntmachung der Konkurseröffnung (§ 8 II und III K.O.) geleistet wurde), ist der Leistende von der Doppelzahlung befreit. Damit ist festgesetzt, dass dann wenn die Leistung nicht in die Masse, sondern an den Gemeinschuldner floss, der Verwalter sich nicht an den Gemeinschuldner, sondern an den Drittschuldner zu wenden hat, und dieser kann dann vom Gemeinschuldner das Geleistete zurückfordern. Der Drittschuldner hat nicht das *beneficium excussionis.*

8) Eine Folge der Dispositionsunfähigkeit hinsichtlich der Konkursmasse gibt auch § 118 KO., wonach durch den offenen Arrest allen Personen, welche eine zur Konkursmasse gehörige Sache im Besitz haben, oder zur Konkursmasse etwas schuldig sind, verboten ist, an den Gemeinschuldner die Sache zu verabfolgen oder etwas zu leisten. Der Zweck dieser Bestimmung ist nach den Motiven, rechtsirrtümliche Zahlungen und Leistungen an den Gemeinschuldner tatsächlich nach Möglichkeit zu verhüten.

Wird trotzdem an den Gemeinschuldner verabfolgt, oder geleistet, so kommt § 8 K.O. zur Anwendung. Auf die Anwendbarkeit dieses Paragraphen insbesondere seines 3. Absatzes hat es keinen Einfluss, wenn der Erlass des offenen Arrestes versäumt worden ist, da die Folge des § 8 schon durch die Eröffnung des Konkurses eintritt.

9) Aus dem Verlust der Dispositionsbefugnis hin-

sichtlich des zur Konkursmasse gehörigen Vermögens folgt weiter, dass ein von dem Gemeinschuldner hierauf erteilter Auftrag durch die Eröffnung des Verfahrens erlischt. (§ 23 K.O.) Diese Bestimmung musste consequenter Weise getroffen werden, den das Fortbestehen des Auftrags käme einer fortbestehenden Verfügung des Gemeinschuldners gleich und so würde der Beauftragte Handlungen für den Auftraggeber vornehmen können, zu denen letzterer nicht mehr befähigt wäre.

Wenn auch der Auftrag erlischt, so ist trotzdem der Beauftrage gebunden, die Besorgung des aufgetragenen Geschäftes fortzusetzen, wenn mit dem Aufschub desselben Gefahr verbunden wäre; dies hat solange zu geschehen, bis der Konkursverwalter Fürsorge getroffen hat (§ 672 Satz 2 B.G.B.) Der Auftrag gilt zu Gunsten des Beauftragten so lange als fortbestehend, bis der Beauftragte von dem Erlöschen desselben Kenntnis erlangt, oder das Erlöschen kennen muss (§ 674 B.G.B.). [1])

Was vom Auftrag gilt, gilt auch vom Dienstvertrag oder vom Werkvertrag, wenn jemand die Besorgung eines ihm vom Gemeinschuldner übertragenen Geschäfts für diesen übernommen hat. (§ 23 II K.O.)

Da die Vollmacht dem ihrer Erteilung zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse vorbehaltlich der in §§ 169—173 B.G.B. getroffenen Bestimmungen zu folgen hat (§ 168 B.G.B.) so erlischt diese auch, wenn der Auftrag, der Dienst- oder Werkvertrag er-

---

[1]) Im Falle des § 662 Satz 2 B. G. B. gilt der Beauftragte hinsichtlich seiner nach der Eröffnung des Verfahrens entstandenen Ersatzansprüche als Massegläubiger, im Fall des § 674 B.G.B. als Konkursgläubiger (§ 27 K.O.) s. auch Seuffert S. 196.

Ueber die Rechte dritter aus den mit dem Beauftragten nach Konkurseröffnung vorgenommenen Rechtsgeschäften siehe Seuffert S. 196 f., und Sarwey-Bossert S. 120; dementgegen Wolff S. 117.

lischt, und sie dauert solange fort, als jene fortbestehen.

Hatte der Gemeinschuldner seinem Schuldner Anweisung zur Zahlung an den Anweisungsempfänger gegeben, so muss nach § 23 K.O. vom Schuldner dann, wenn die Annahme der Anweisung vor Konkurseröffnung erfolgte, an den Anweisungsempfänger bezahlt werden vorbehaltlich eventueller Anfechtungsrechte. Erfolgte die Annahme nach Konkurseröffnung so ist eine dementsprechend erfolgende Zahlung des Schuldners an den Anweisungsempfänger nur dann wirksam, wenn der Angewiesene die Eröffnung des Verfahrens bei Annahme der Anweisung nicht kannte. Zahlt der Angewiesene sofort ohne Annahme, dann richtet sich dies gleichfalls nach der Kenntnis des Angewiesenen hinsichtlich der Konkurseröffnung [1])

10) Die Dispositionsunfähigkeit des Gemeinschuldners geht soweit, dass er nicht einmal für sich und seine Familie den nötigen Lebensunterhalt aus der Konkursmasse zu beanspruchen hat. In dieser Beziehung hängt er vollständig vom Willen des Konkursverwalters ab, welcher die Gewährung einer Unterstützung bis zur Beschlussfassung durch eine Gläubigerversammlung (§ 132 [1] K.O.) versagen kann, ohne einer Beeinflussung des Gerichts oder des Gläubigerausschusses zu unterliegen. Der Genehmigung des Gerichtes oder des vom Gericht bestellten Gläubigerausschusses bedarf es nur bei Gewährung des Unterhalts (§ 129 [1] K.O.) nicht bei Versagung s. auch Endemann S. 112 ff..

11) Die Vorschrift des § 121 K.O. betreffend die sog. Briefsperre, wonach auf Anordnung des Konkursgerichts alle für den Gemeinschuldner eingehenden

---

[1]) §§ 783—792 B.G.B. So auch Seuffert S. 174; Jaeger Kommentar S. 186 ff. erkennt die Anwendbarkeit des § 23 K.O. für die Anweisung nicht an.

Sendungen, Briefe und Depeschen von der Post- und Telegrafenanstalt an den Verwalter auszuhändigen sind [1]) beeinträchtigt den Gemeinschuldner gleichfalls in seiner Dispositionsbefugnis.

c) Einwirkung des Konkurses auf den Gemeinschuldner bindende Veräusserungsverbote.

Besteht gegen den Gemeinschuldner hinsichtlich eines zur Konkursmasse gehörigen Gegenstandes ein Veräusserungsverbot der in den §§ 135, 136 B.G.B. bezeichneten Art, so ist dies den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam (§ 13 Satz 1 K.O.) Solche Veräusserungsverbote bezwecken den Schutz bestimmter Personen, ohne im öffentlichen Interesse erlassen zu sein und können gesetzliche oder gerichtliche Verbote sein. Wenn der Konkursverwalter die mit einem solchen Verbote belasteten Gegenstände veräussert, so kann er dies mit voller Rechtswirkung tun, ohne die Genehmigung der durch das Veräusserungsverbot geschützten Personen einholen zu müssen.

1) So sind gesetzliche Veräusserungsverbote erlassen hinsichtlich der zum Gesamtgute bei der allgemeinen Gütergemeinschaft (§ 1445 B.G.B.) bei der Errungenschaftsgemeinschaft (§ 1519 B.G.B.) und bei der Fahrnisgemeinschaft (§ 1549 B.G.B.) gehörenden Grundstücke. Da beim Konkurs des Ehemanns das Gesamtgut zur Konkursmasse gehört (§ 2 [1] K.O.), würde der Konkursverwalter bei Verfügungen über solche Grundstücke immer der Einwilligung der Ehefrau bedürfen, wenn nicht § 13 K.O. derartigen Veräusserungsverboten die Wirkung gegenüber den Konkursgläubigern nehmen würde.

[1]) Auf Sendungen durch die Eisenbahnen, Frachtführer, Transportanstalten, Schiffen im Binnenlande oder zur See findet § 121 K.O. nicht Anwendung. Hier hilft die Anzeigebestimmung des § 118 K.O.

Andere gesetzliche Verfügungsbeschränkungen sind enthalten im § 2211 B.G.B., der Erbe ist in seiner Verfügung durch das Vorhandensein eines Testamentsvollstreckers beschränkt, § 1984 B.G.B., er ist durch eine Nachlassverwaltung beschränkt, § § 575, 581 die Verfügungsbeschränkung des Vermiethers, bezw. Verpächters hinsichtlich der Miet- bezw. Pachtzinsforderung (im Verhältnis zum Erwerbe des Grundstücks), die Verfügungsbeschränkung des Gemeinschuldners, ferner in § 67 K.O., in § 4 Patentgesetz v. 7. April 1891, das patentrechtliche Verbot, den patentirten Gegenstand ohne Erlaubnis des Patentinhabers feilzuhalten u. s. w.

Das Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch art. 168 hat ausserdem landesgesetzliche Veräusserungsverbote offen gelassen. Bei den in § 2113-2115 B.G.B. enthaltenen Veräusserungsverboten hat es zu bleiben, wenn der Gemeinschuldner Vorerbe ist; denn § 128 K.O. verfügt, dass der Verwalter in einem solchen Fall die zur Erbschaft gehörenden Gegenstände nicht veräussern darf, wenn die Veräusserung im Falle des Eintritts der Nacherbfolge nach § 2115 B.G.B. dem Nacherben gegenüber unwirksam ist.

2) Was die gerichtlichen Veräusserungsverbote anlangt, so können diese mit Wirksamkeit gegen die Konkursgläubiger nur, soweit sie dingliche Rechte betreffen, wirksam bleiben, die persönliche Rechte schützenden Verbote sind ihnen gegenüber unwirksam. Auch die bei der Zwangsvollstreckung in das unbeweglicheVermögen erfolgte Beschlagnahme stellt ein gerichtliches Veräusserungsverbot dar, welches laut § 13 Satz 2 K.O. den Konkursgläubigern gegenüber wirksam bleibt und ein Absonderungsrecht begründet, § 47 K.O.

Gerichtliche Veräusserungsverbote können entstehen im Wege einer einstweiligen Verfügung nach

§§ 935, 938 II C.P.O., im Wege der Zwangsvollstreckung und des Arrestes in Forderungsrechte §§ 829, 930 C.P.O., auch im Wege der Verpfändung § 845 C.P.O., dann nach §§ 20—23, 148 G. über die Zwangsverwaltung und die Zwangsversteigerung vom 24. März 1897 (Beschlagnahme des Grundstücks zum Zweck der Zwangsversteigerung, bezw. Zwangsverwaltung), nach § 106 K.O. (allgemeines Veräusserungsverbot vor der Konkurseröffnung), nach § 1019 C.P.O. Zahlungssperre im Verfahren zur Kraftloserklärung eines Inhaberpapiers u. s. w.

3) Der § 13 Satz 1 K.O. statuirt eine Ausnahme von dem Grundsatze, dass bei Konkurseröffnung die Rechtsbasis des Gemeinschuldners bestehen bleiben, dass nicht durch das Konkursverfahren neues Recht geschaffen oder altes geändert werden soll; denn durch die hier besprochene konkursrechtliche Bestimmung wird materielles Recht abgeändert.

d. Einwirkung des Konkurses auf Gemeinschaftsverhältnisse des Gemeinschuldners

Der Gemeinschuldner kann mit einem Dritten in einem Miteigenthum § 1008 B.G.B. in einer Gesellschaft, sowohl nach H.G.B. wie nach B.G.B., oder in einer anderen Gemeinschaft § 741 B.G.B. — wie Erbschafts-, ehelicher Güter-Gemeinschaft oder sonstigen rechtlichen Gemeinschaft — sich befinden.

1) In diesen Fällen ist nicht der dem Gemeinschaftsverhältnis zu Grunde gelegte Gegenstand oder das entsprechende ganze Recht Massebestandteil, sondern der Konkurs kann nur den Anteil des Gemeinschuldners an dem Gemeinschaftsverhältnis erfassen. Um nunmehr diesen Anteil zu ermitteln müssen Auseinandersetzungs-Verhandlungen gepflogen werden. Hiefür hat nun die Konkursordnung § 16 I die Bestimmung getroffen, dass die Teilung oder

sonstige Auseinandersetzung ausserhalb des Konkursverfahrens zu erfolgen habe.

2) Auch dieser Paragraph hat in seinem Absatz II das materielle Recht in zielbewusster Durchführung des Zwecks eines Konkursverfahrens dahin abgeändert, dass eine Vereinbarung, durch welche bei einer Gemeinschaft nach Bruchteilen § 751 B.G.B. das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, für immer oder auf Zeit ausgeschlossen, oder eine Kündigungsfrist bestimmt worden ist, nicht gegen die Konkursmasse wirke, und dass das Gleiche zu gelten habe von einer Anordnung dieses Inhalt, die ein Erblasser für die Gemeinschaft seiner Erben getroffen hat (§ 2044 B.G.B.). Dasselbe gilt auch von der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft (§ § 31 No. 3, 161 II H.G.B.). Trotz solcher Bestimmungen kann also der Verwalter die Auseinandersetzung verlangen; insofern es sich nicht um Gemeinschaften nach Bruchteilen, sondern um andere Gemeinschaften, z. B. Gemeinschaften zur gesamten Hand handelt, bleiben die in § 16 II genannten Vereinbarungen den Konkursgläubigern gegenüber wirksam.

3) Eine weitere Frage ist, ob die Aufhebung und Auseinandersetzung verlangt werden kann. Dies richtet sich nach den einschlägigen Bestimmungen der jeweiligen Gemeinschaftsformen. Der Verwalter übt bei der Ermittlung des Gemeinschaftsanteils in gleicher Weise das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Gemeinschuldners wie bezüglich dessen anderen in die Masse gehörigen Eigentums aus, er hat deshalb auch nicht mehr Rechte und Pflichten als dieser und kann auch nur in denjenigen Fällen die Auseinandersetzung verlangen, wo der Gemeinschuldner hiezu berechtigt wäre.

4) Auch die Art und der Umfang der Ausein-

andersetzung richten sich nach den Vorschriften, die für die Aufhebung und Auseinandersetzung der betreffenden Gemeinschaft gelten z. B. hinsichtlich der Gesellschaft im Sinne des B.G.B. nach §§ 731 ff. ebenda.

5) Eine weitere Frage ist, ob der Netto- oder Bruttoanteil des Gemeinschuldners am Gemeinschaftsvermögen in die Masse zu kommen hat.

Die Motive zu § 14 (jetzt § 16) K.O. weisen zwar grundsätzlich auf das Gemeinschaftsverhältnis hinsichtlich der Art und des Umfanges der Auseinandersetzung hin, sie geben jedoch für die Auseinandersetzung im Fall des Konkurses doch einen Gesichtspunkt an, der bei allen Gemeinschaftsverhältnissen nach der Absicht der Motive Berücksichtigung finden soll. Sie fügen nämlich bei dieser grundsätzlichen Hinweisung auf das Gemeinschaftsverhältnis noch hinzu: „Mit der Teilung oder Versilberung des Gemeinschaftsobjekts und der Befriedigung des Gemeinschaftsgläubiger ist der Anteil ermittelt, welcher zur Konkursmasse des Gemeinschuldners gehört.“ Und der Befriedigung des Gemeinschaftsgläubiger, diese Worte sind nicht misszuverstehen. Es muss also immer diese Befriedigung vorhergehen und erst das, was schuldenfrei für die Gemeinschaft übrig bleibt, kann unter die im Gemeinschaftsverhältnis Stehenden anteilsweise verteilt werden. [1]) Ob dann an dem Antheil des Gemeinschuldner nicht noch Absonderungsrechte bestehen ist wieder eine Frage für sich.

Die gegenteilige Ansicht fand in der Vorwegbefriedigung der Gemeinschaftsgläubiger ein diesen

---

[1]) Der hier vertretenen Ansicht pflichten bei Wolff S. 92, Sarwey-Bossert S. 94, Jaeger Kommentar S. 135, RG. XXVI 113; sie befindet sich im Uebrigen auch *de lege lata* in vielen gesetzlichen Bestimmungen, so §§ 733 f., 1475 f., 1546, 1549, 2046 f. B.G.B. §§ 131 No. 5, 145, 149, 155 H.G.B.

unzulässiger Weise eingeräumtes Absonderungsrecht, jedoch mit Unrecht, weil die Gläubiger nicht Gläubiger des Gemeinschuldners sind, sondern der Gemeinschaft und weil sie nicht Befriedigung am Vermögen des Gemeinschuldners suchen, sondern am Vermögen der Gemeinschaft.

6) Wenn eine Aufhebung der Gemeinschaft und die Auseinandersetzung materiellrechtlich ausserhalb der Machtsphäre des Gemeinschuldners liegt, mit der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gemeinschafters von selbst eine Aufhebung und Auseinandersetzung der Gemeinschaft auch nicht eintritt[1]), so fällt nicht der Anteil, sondern das Anteilsrecht in die Masse, soweit es der Pfändung unterliegt, was dann der Fall ist, wenn es wenigstens der Ausübung nach veräusserlich ist (§ 857^{II} C.P.O.).

7) Es muss noch erwähnt werden, dass, wenn der Verwalter die Auseinandersetzung vorgenommen hat, dieser den anderen Gemeinschaftern ihren Anteil herausgeben muss. Diese haben ein Aussonderungsrecht ihres Anteils, wenn er mit der Masse vermischt ist (§ 46 K.O.), ferner können sie wegen der auf das Gemeinschaftsverhältnis sich gründenden Forderungen abgesonderte Befriedigung aus dem Nettoanteil des Gemeinschuldners verlangen (§ 51 K.O.). Die Ansprüche des geschäftsführenden Gesellschafters wegen der Fortführung der Geschäfte gegenüber dem im Konkurs verfallenen Gesellschafter regelt § 28 K.O.

Der stille Gesellschafter, der nichts anderes ist als ein Gläubiger seines Gesellschafters, kann seine Ansprüche im Konkurs seines Gesellschafters nur als Konkursforderung geltend machen.

8) Der § 16 K.O. erleidet keine Anwendung auf

---

[1]) Siehe die Aufzählung derjenigen Fälle, in denen die Konkurseröffnung über das Vermögen eines Gesellschafters die Auflösung der Gesellschaft nach sich zieht. Bei Seuffert S. 236 f.

die eheliche Gütergemeinschaft wie bisher, da, wie öfters erwähnt, nach § 2[I] der K.O. bei dem Güterstande der allgemeinen Gütergemeinschaft (§§ 1937 ff. B.G.B.) der Errungenschaftsgemeinschaft (§§ 1519 ff. B.G.B.) oder der Fahrnisgemeinschaft (§§ 1549 ff. B.G.B.) beim Konkursverfahren über das Vermögen des Ehemannes nicht der Anteil des Ehemannes am Gesamtgut, sondern das ganze Gesamtgut zur Konkursmasse gezogen wird, also eine Auseinandersetzung nicht nötig wird.

Gerät die Ehefrau in Konkurs, so ist eine Auseinandersetzung des Gesamtguts auch nicht erforderlich, da dieses vom Konkursverfahren über das Vermögen der Ehefrau nicht berührt wird. (§ 2[II] K.O.)

Auch auf die fortgesetzte Gütergemeinschaft kann § 16 K.O. nicht Anwendung finden, da dasselbe wie beim Konkurs des Ehemanns vom Konkurs des überlebenden Ehegatten, wie beim Konkurs der Ehefrau vom Konkurs über die Abkömmlinge gilt. (§ 2[II] K.O.) Ist dagegen die eheliche oder fortgesetzte Gütergemeinschaft beendigt, und die Auseinandersetzung in Ansehung des Gesamtguts noch nicht erfolgt, so tritt § 16 K.O. in Wirksamkeit.

Soweit die eheliche Gütergemeinschaft nach den bisherigen Gesetzen zu beurteilen ist (E.G. z. B.G.B. art. 200, auch E.G. z. Ges. betr. Aenderungen d. K.O. Artikel VI), kommt auch der § 16[I] (entspricht dem § 14 der früheren Fassung) K.O. zur Anwendung.

e) Einwirkung des Konkurses auf die Erfüllung der vor Konkurseröffnung geschlossenen Verträge des Gemeinschuldners.[1])

1. Wenn eine einseitige Erfüllung nach Konkurseröffnung noch aussteht.

[1]) Es ist vielfach versucht worden, die einzelnen Erscheinungen des Konkursverfahrens und insbesondere die konkursrechtlichen Bestimmungen über zweiseitige Verträge

Entweder bestand von Anfang an nur eine einseitige Verbindlichkeit, wo also eine Gegenleistung nicht zu erfolgen hatte, oder es erfolgte bei einer zweiseitigen Verpflichtung von einer Seite vor Konkurseröffnung Erfüllung, während die Gegenleistung bei Konkurseröffnung noch aussteht. In beiden Fällen handelt es sich also um die Erfüllung einer bei Konkurseröffnung vorliegenden einseitigen Verpflichtung.

a) Durch die Konkurseröffnung werden die vom Gemeinschuldner eingegangenen Rechtsverhältnisse nicht aufgehoben, es kann also nicht die Aufhebung des Vertrags oder die Rückforderung des bereits Geleisteten bei ausstehender Gegenleistung verlangt werden.

---

auf ein allgemeines Grundprinzip zurückzuführen; die Vorschriften der Reichskonkursordnung sollen nach den Vertretern solcher Deductionstheorien nichts anderes sein, als die Konsequenzen eines einheitlichen Prinzips.

1. Das ganze Konkursrecht ist auf dem Grundbegriff „Konkursanspruch" aufgebaut; s. Schultze, juristische Grundlagen des Konkursrechts S. 11, 139, Waechter, die materiellrechtliche Seite des Konkurses, Zürich 1882 S. 2, 51, 92, 100 usw.

2. Es entsteht an dem Vermögen des Schuldners den Gläubigern ein Pfandrecht, ein Beschlagsrecht, s. Seuffert zur Geschichte und Dogmatik des deutschen Konkursrechts I. Abth. S. 127 ff. Kohler S. 131 ff.

3. Pierich in Grünhuts Zeitschrift XVI 485 und Oetker in Zeitschrift für deutschen Civilprozess XIV S. 1 ff. treten diesen Theorien entgegen und letzterer führt S. 13 hiezu aus, dass „die Gesetzgebung bei weitem nicht in dem Masse, als es die neuere Theorie in ihrem Streben nach generellen Formulirungen zu unterstellen liebt, dnrch einheitliche Gesichtspunkte bestimmt wird.

Die zitirten Gesetzesparagraphen enthalten zum Teil allerdings logische Konsequenzen, nicht aus einem allgemeinen Konkursprinzip, wol aber aus dem Wesen der behandelten Rechtsgeschäfte und Rechtsverhältnisse, zu einem anderen Teile indess sind sie lediglich durch Rücksichten der Billigkeit und Zweckmässigkeit motivirt".

Auch ich halte es nicht für richtig, die konkursrechtlichen Erscheinungen unter dem Banne der Dogmatik und des Systematismus mit Gewalt in eine einheitliche Grundidee hineinzupressen; ich teile Oetker's Ansicht, dass nur einerseits die Rechtsnatur der behandelten Rechtsverhältnisse und anderseits deren Billigkeit und Zweckmässig zu den konkursrechtlichen Bestimmungen führten.

Die Motive (Hahn S. 106) drücken dies prägnant aus. Der Vertrag ist giltig und perfect durch den Abschluss, nicht erst durch die Erfüllung; die Nichterfüllung, welche möglicherweise in Folge des Konkursverfahrens eintritt, hebt nicht den Vertrag auf; das Geleistete bleibt im Vermögen und in der Masse des Gemeinschuldners; eine Kondiktion desselben *(sine causa* oder ob *causam datorum)* ist ausgeschlossen; der Kontrahent hat nur einen Entschädigungsanspruch.

Eine Aufhebung des Vertrags oder eine Rückforderung des Geleisteten erfolgt nicht *ipso jure* durch Konkurseröffnung.

Daraus folgt aber nicht, dass dies dann eintreten kann, wenn eine Anfechtung im Konkurs von Erfolg begleitet ist oder die Vertragskontrahenten nach bürgerlichem Rechte — welchem durch § 25 K.O. für diese Frage Spielraum gegeben ist — oder nach dem Vertragsinhalt zum Rücktritt berechtigt sind, beruhe (nach den Motiven Hahn S. 106) letzteres Recht auf einem, dem Vertrage beigefügten Abkommen, einem *pactum reservati dominii* oder einer *clausula cassatoria* oder beruhe es auf einem Verzuge, welchen sich schon vor der Konkurseröffnung der Gemeinschuldner oder nachher der Verwalter, falls von ihm die Erfüllung begehrt worden war, hat zu Schulden kommen lassen.

b) Hat nach Konkurseröffnung der Gemeinschuldner noch zu erfüllen, so kann der andere Kontrahent die Erfüllung nur verlangen, indem er als Konkursgläubiger, möglicherweise auch als Absonderungsberechtigter auftritt § 26 K.O.. Steht die Erfüllung an den Gemeinschuldner noch aus, so kann der Verwalter die Erfüllung zur Masse vom anderen Kontrahenten verlangen und mit Klage erzwingen.

c) Auf die Erfüllung hat die Konkurseröffnung

insoferne Einfluss, als die Art wie erfüllt wird, einer Aenderung unterliegen kann.

Ist die ausstehende Verpflichtung in Geld zu erfüllen, so erleidet die Erfüllungsart keine Aenderung; der Gläubiger meldet seine Forderung an und erhält die konkursmässige Dividende.

Wenn der Gläubiger weniger als die ursprünglich fixirte Vertragsleistung erhält, so liegt dies nicht in der Obligation, sondern in seinem Rechtsverhältnis zu den mitkonkurrirenden Gläubigern, (s Motive Hahn S. 104).

Bestand jedoch die Gegenleistung in einem anderen Gegenstand als Geld, so geht eine Umwandlung vor, ohne die Obligation dem Inhalt nach zu ändern, sie kann wie jede andere Forderung im Konkurs nur als Geldforderung wirksam werden, sie verwandelt sich in eine Geldforderung (§ 69 K.O.), sofern dies überhaupt möglich ist, was bei einer Obligation auf ein Tun (Motive Hahn S. 105) oft nicht der Fall ist.

d) Der Umfang der Ersatzforderung richtet sich nach dem Interesse, das der Forderungsberechtigte an der Erfüllung bezw. an dem Fortbestehen des Rechtsverhältnisses hatte. Für den Fall des § 18 K.O. ist der Inhalt des Anspruchs durch die Konkursordnung selbst festgesetzt; in den anderen Verhältnissen richtet sich der Schadenersatzanspruch nach den konkreten Umständen und dem bürgerlichen Rechte. Wenn das Erfüllungsinteresse durch Fixirung einer Konventionalstrafe bereits festgesetzt ist, dann entspricht diese der Ersatzforderung. [1])

e) Es muss überhaupt nicht notwendiger Weise eine Ersatzforderung existent werden, wenn auch der Regel nach ein solcher Anspruch begründet wird. Mit den in § 26 K.O. getroffenen Bestimmungen wollte

[1]) Weitere Ausführungen bei Wolff S. 122.

nicht insofern in das materielle Recht eingegriffen werden, dass hiemit für alle Fälle der in Folge der Konkurseröffnung eintretenden Nicherfüllung einer Verbindlichkeit oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses des Gemeinschuldners ein Ersatzanspruch geschaffen sein soll [1]), sondern das Entstehen dieses Anspruchs richtet sich nach bürgerlichem Recht. [2])

f) Eine weitere Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 26 K.O. ist noch, dass die Leistung bezw. die geleistete Sache in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangen ist. Die Entscheidung, ob ein Eigentumsübergang vorliegt oder nicht, ob ein noch nicht tatsächlich erfolgter Eigentumsübergang als rechtlich erfolgt anzusehen ist [3]), richtet sich nach dem konkreten Verhältnis. Ist der Uebergang gegeben, so ist grundsätzlich eine Vindication, eine *condictio sine causa* oder *ob causam* ausgeschlossen; eine solche könnte nur eintreten, wenn das Vertragsverhältnis mit dem Gemeinschuldner aufgelöst wurde, was nicht der Fall ist. Der Vertrag bleibt bestehen, der Kontrahent hat nur einen Entschädigungsanspruch.

Ist aber das Eigentum nicht übergegangen, so kann die Rückgabe auf dem Wege der Aussonderung verlangt werden.

g) Von einer Entschädigungsforderung des Mitkontrahenten kann nur dann gesprochen werden, wenn der Verwalter die Verbindlichkeit nicht erfüllt, oder die Aufhebung des Rechtsverhältnisses mit dem Gemeinschuldner wählt (Motive Hahn S. 107), nicht dann, wenn der „andere Teil" nach § 22 K.O. mit gesetzlicher Frist kündigt; denn hier macht er ledig-

---

[1]) So Oetker Zeitschrift für deutsch. Civilprozess XIV 48 ff.

[2]) So Sarwey-Bossert S. 129, Wolff S. 121, vergleiche R.G. XXVI 95 ff., XXI 6.

[3]) Siehe Endemann S. 158, Jaeger Kommentar S. 207.

lich von einem ihm gesetzlich eingeräumten Rechte Gebrauch, es ist auch in § 26 K.O. nur die Berechtigung des „anderen Teil", nicht des Verwalters, statuirt.

h) Die Forderung selbst kommt nur als Konkursforderung in Betracht, der Berechtigte ist als Gläubiger des Gemeinschuldners, nicht als Massegläubiger anzusehen; abgesonderte Befriedigung aus einem Teile der Konkursmasse könnte der Berechtigte nur verlangen, soweit ihm ein Pfand-, Hypotheken- oder ein anderes Recht hiezu die Möglichkeit bietet. [1])

2. Wenn die Verbindlichkeiten auf beiden Seiten noch unerfüllt sind.

a) Gegenseitige oder zweiseitige Rechtsgeschäfte sind solche, welche auf gegenseitige Leistung gerichtet sind, einer Leistung muss immer eine Gegenleistung gegenüberstehen; ob dieselben Zug um Zug zu erfolgen haben, ob auf der einen Seite vorzuleisten auf der anderen Seite nachzuleisten ist, ändert am Charakter der Zweiseitigkeit der Verträge nichts. (Kauf, Miete, Tausch etc. etc. § 320 B.G.B.). Zu den zweiseitigen Verträgen sind aber auch solche zu zählen, welche ihrer rechtlichen Natur nach als gegenseitige nicht angesehen werden können, wobei aber im einzelnen Fall für die Leistung eine Gegenleistung gefordert wird. Schenkung unter einer Auflage, Darlehen, Depositum mit Bedingung usw.

Dass solche Verträge gleichfalls zu den zweiseitigen des § 17 K.O. gehören, muss man um deswillen annehmen, da die Konkursordnung nicht das Interesse verfolgte, lediglich für rechtlich zweiseitige Verträge vorzusorgen, sondern sie hatte nur die Regelung der Wechselbeziehungen von Leistung

[1]) Siehe Wolff S. 123, Jaeger Kommentar S. 209.

und Gegenleistung nach Konkurseröffnung im Auge; diese Beziehungen, nicht die Rechtsverhältnisse von zweiseitigen Verträgen zu ordnen, war der Endzweck des § 17 K.O. [1])

Und so hängt die Anwendung des § 17 K.O. nicht von der Rechtsnatur des Vertrages ab, sondern allein davon, ob bei Konkurseröffnung sich unerfüllte Leistung und unerfüllte Gegenleistung gegenüber stehen. Und solche können sich auch bei einseitigen Rechtsgeschäften gegenüberstehen, wenn sie durch Parteiwillen die Wirkungen eines zweiseitigen erhalten haben. [2])

b) Aus den dem § 17 K.O. unterliegenden zweiseitigen Verträgen scheiden aus

aa) Verträge des Gemeinschuldners, wonach dieselben nur von ihm zu erfüllen sind, so Unterrichtserteilung, schriftstellerische Leistungen, Kunstleistungen etc.

bb) Verträge des Gemeinschuldners, wonach dieselben nur an ihn oder seine Familie

---

[1]) Die gleiche Auffassung teilen Wilmowski S. 88, Petersen S. 67, Endemann S. 160, Sarwey-Bossert S. 98 u. a.; anderer Meinung sind Jaeger Kommentar S. 137 ff., Oetker in der Zeitschrift für Civilprozess XIV S. 25 ff. und Wolff S. 93, welcher dls Folgerung annimmt, dass „der Anspruch des Entleihers wegen der von ihm gemachten Verwendungen auf die geliehene Sache (§ 601 II B.G.B.) lediglich als Konkursforderung zu verfolgen ist, wegen derselben ein Zurückbehaltungsrecht nicht geltend gemacht werden kann".

Wolff unterscheidet offenbar nicht zwischen zweiseitigen Verpflichtungen, welche von Anfang an bestanden und solchen Verträgen, bei denen die Gegenleistung durch nachher hinzutretende Umstände erst entstanden ist. Zweifellos kommt für solche Verträge, bei welcher die Gegenforderung verfolgbar mit der *actio contraria* nur auf Ersatz von Verwendungen etc. geht, § 17 K.O. im Gegensatz zu den von Anfang an mit gegenseitigen Verpflichtungen bestandenen Verträgen nicht zur Anwendung.

Bezüglich des *pactum de mutuo dando* vergl. Sarwey-Bossert S. 98, Wolff S. 94, bezüglich des Aktienzeichnungsvertrag R.G. II 262, bezüglich des Lebensversicherungsvertrag Petersen und Kleinfeller S. 67, bezügl. des Kommissionsvertrag Sarwey-Bossert S. 90.

[2]) Endemann S. 160 s. §§ 440 II, 442, 463 B.G.B.

(es sind dies nicht die Fälle des § 22 K.O.) zu erfüllen sind, so die Hilfsleistung des Arztes.

cc) Die in den §§ 18—28 K.O. besonders geregelten Verträge.

dd) Die klaglosen Verträge (Spiel, Wette).

Soweit nicht durch Konkurseröffnung die vorstehenden Verträge (mit Ausnahme der Fälle unter cc) erlöschen oder vom Mitkontrahenten gekündigt werden können bezw. gekündigt werden (z. B. § 610 B.G.B.), bleibt der Gemeinschuldner der Berechtigte und Verpflichtete.

c) Die beiderseitige Erfüllung muss noch ausstehen, wenn § 17 K.O. Anwendung finden soll.

Ob die Erfüllung auf der einen Seite bereits rechtsgiltig als erfolgt anzusehen ist, bemisst sich nach dem Inhalte des Vertrags, den Absichten der Parteien, sowie den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts [1]).

Wenn die beiderseitigen Leistungen noch unerfüllt sind, oder wenn einseitig zwar erfüllt, aber die Erfüllung rechtsgiltig rückgängig gemacht werden kann, so dass im Effekt gleichfalls zwei unerfüllte Verpflichtungen einander gegenüberstehen, oder wenn die eine Leistung rechtsgiltig [2]) teilweise erfolgt ist, und ferner Leistung und Gegenleistung die Konkursmasse berühren, sich also nicht auf das konkursfreie

---

[1]) Wenn die *datio in solutum* die ganze ursprüngliche Schuld betrifft, so gilt dies als Erfüllung (§ 365 B.G.B.). Gem. § 364 II B.G.B. muss bei Begebung eines Wechsels in der Höhe der Schuld angenommen werden, dass Mangels besonderer Bestimmung hiemit eine Erfüllung der Schuld nicht beabsichtigt war (s. R.O.H.G. VII 43. X 48, 132 Seuffert's Archiv XXI No. 118, Obertribunal in Striethorst's Archiv XIII 237, XLIV 202, Sarwey-Bossert S. 100).

[2]) Ob eine Leistung teilbar war und rechtsgiltig erfolgen honnte, richtet sich nach dem Vertragsinhalt, dem Parteienwillen, dem bürgerlichen Recht. Ausführlich bei Sarwey-Bossert S. 100 litt. b, Jaeger Kommentar S. 142.

Vermögen des Gemeinschuldner beziehen, nur dann liegt der Fall des § 17 K.O. vor.

d) Liegen also bei Konkurseröffnung solche zweiseitige unerfüllte Verträge vor, dann würde es eine Härte bedeuten, wollte man von dem Dritten einerseits vollständige vertragsmässige Erfüllung zur Konkursmasse verlangen, anderseits diesem für seine Leistung an Stelle der vertragsmässigen Gegenleistung nur eine Konkursforderung gewähren. Die Gegenkontrahenten müssten offenen Auges ein Verlust bringendes Geschäft durchführen, denn die Konkursforderung bringt als Gegenwert im besten Fall nur Prozente der wirklichen Ansprüche.

Hier hat nunmehr, soweit nicht durch die Reichs- oder Landesgesetze besondere Bestimmungen über den Einfluss der Konkurseröffnung auf zweiseitige Verträge vorgesehen sind (§ 25 K.O.), zum Schutze solcher Vertragskontrahenten der § 17 K.O. eingegriffen; im Fall der Erfüllung sollen sie volle Gegenleistung aus der Masse (§ 59 No. 2 K.O.) erhalten.

Ob nun vom Gegenkontrahenten die Erfüllung zu erfolgen hat, oder nicht, liegt nicht in dessen Hand, sondern lediglich b e i m Verwalter [1]). Dieser übt das Wahlrecht einseitig aus.

Indem das Gesetz dem Verwalter das Wahlrecht einräumt, gibt es seine Absicht kund, dass der Vertrag nicht durch die Konkurseröffnung aufgehoben sein soll. Denn wäre dies der Fall, dann könnte der Verwalter nicht mehr zwischen Erfüllung und Nichterfüllung wählen. Es bleibt somit der Vertrag gerade so bestehen, wie er vor Konkurseröffnung bestanden hat; es bleiben die beiderseitigen Einwendungen aufrecht erhalten, es können Rücktrittsrechte (z. B. B.G.B: §§ 325, 326) weiterhin ausgeübt werden.

---

[1]) Unter Berücksichtigung von §§ 133 No. 2, 135, 136 K.O.

An dem ganzen Vertragsverhältnis ändert sich gar nichts, als dass nunmehr an Stelle des Gemeinschuldners der Verwalter tritt, dieser für die Masse berechtigt und verpflichtet wird. Und doch schafft § 17 K.O. insoferne materielles Recht, als dem Verwalter ein in dem Rechtsverhältnis selbst nicht begründetes Wahlrecht der Erfüllung oder der Nichterfüllung eingeräumt wird. Die Frage, ob der Gemeinschuldner — vorausgesetzt, dass der Gegenkontrahent seinen Entschädigungsanspruch wegen der von dem Verwalter abgelehnten Erfüllung des Vertrags im Konkurs nicht geltend gemacht hat — an die Wahl des Verwalters nach Beendigung des Konkurses gebunden ist, muss bejaht werden.[1]) Es hat dies seinen Grund nicht darin, wie Sarwey-Bossert S. 103 angibt, dass der Verwalter an Stelle des Gemeinschuldners disponirt, — denn dieser hat nicht das Wahlrecht gehabt — sondern der Grund liegt in der obenerwähnten Neuschaffung von materiellen Recht durch § 17 K.O. Hienach kann der Verwalter den Vertrag zwar nicht aufheben, aber er braucht ihn nicht zu erfüllen, und indem er letzteres thut, macht er von den für den Konkurs neu geschaffenen Rechten Gebrauch; an Stelle des ursprünglichen Verlangens nach Leistung tritt die Forderung des Interesses wegen Nichtleistung.

Das alte Rechtsverhältnis kommt dadurch in eine dauernd andere Rechtslage. Daraus folgt, dass derjenige Gegenkontrahent, der zur Geltendmachung seiner Interesseforderung im Konkurs sich nicht beteiligt hat, nach Beendigung desselben trotzdem nur

---

[1]) Bejaht von Wilmowski S. 89, Petersen S. 71 bei No. 3, Hullmann S. 125, Brachmann Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners S. 33 R.G. XLI 133, Sarwey-Bossert S. 103, Wolff S. 95, Jaeger Kommentar S. 150, verneint von Foerster-Eccius Preuss. Privatrecht I § 117 No. 3, Oetker a. a. O. XIV 33, Seuffert's Archiv XLVII No. 87.

diese Interesseforderung geltend machen kann, geradeso wie derjenige, der sich mit seiner Interesseforderung im Konkurs beteiligt, aber vollständige Befriedigung nicht erhalten hat, nach Beendigung des Konkursverfahrens nur den ungedeckten Rest der Interesseforderung, nicht seine ursprüngliche Forderung vom Gemeinschuldner verlangen kann. (S. Kohler S. 135).

Es ist hier auch noch der Fall zu erwähnen, dass ein Anspruch auf Erfüllung einer höchstpersönlichen Verbindlichkeit ausserhalb des Konkurses zu verfolgen ist und der Gemeinschuldner nicht rechtzeitig oder überhaupt nicht erfüllt. Auch in diesem Fall entsteht eine Interesseforderung, welche eine einfache Konkursforderung bildet, obwohl ein höchstpersönliches Verhältnis dieser Interesseforderung zu Grunde liegt. (So auch Oetker Z. f. d. Civilprozess XIV, Seite 21).

e) Wählt der Verwalter die Erfüllung, dann erfolgt Leistung geradeso, wie wenn der Gemeinschuldner noch ausser Konkurs wäre; die Quantität, die Qualität, die Reihenfolge von Leistung und Gegenleistung richtet sich nach dem Vertrage; lediglich aus Gründen des Konkurses kann nicht gem. § 321 B.G.B. (bei Vermögensverschlechterung des einen Kontrahenten und Vorherleistung des anderen Kontrahenten an diesen) die vereinbarte Vorherleistung des andern Teils verweigert oder für dieselbe Sicherheit verlangt werden.[1]) War die Forderung des Gemeinschuldners vor Konkurseröffnung gepfändet oder hatte der Gemeinschuldner darüber rechtsgiltig verfügt, so ändert dies nichts an der Erfüllung des Vertrags.

Der andere Teil ist an das Wahlrecht des Verwalters gebunden; ob er auf Grund des Vertrags ein Rücktrittsrecht hat (z. B. § 346 B.G.B.), ist eine Frage,

[1]) Wolff S. 85, Sarwey-Bossert S. 102, Jaeger Kommentar S. 145 ff.

die von § 17 K.O. nicht berührt wird. Durch die Wahl der Erfüllung werden Masserechte- und Verbindlichkeiten begründet. Der Vertrag ist seinem ganzen Inhalt nach nur ein die Masse berührender Vertrag geworden. Sollte aus irgend welchen Gründen nach bethätigter Wahl der Vertrag aufgehoben werden, so ist das eventuell eintretende Interesse nicht eine Konkurs- sondern eine Masseforderung. Da die Wahl einheitlich sein muss, kann bei einem Vertrag nicht teilweise Erfüllung verlangt werden und zum andern Teil Nichterfüllung eintreten, daraus folgt auch, dass, wenn bereits teilweise an den Gemeinschuldner erfüllt ist und der Verwalter Erfüllung begehrt, auch die Gegenforderung für die teilweise Erfüllung eine Masseforderung, nicht eine Konkursforderung darstellt [1])

f) Wählt der Verwalter nicht die Erfüllung, so tritt Nichterfüllung des Vertrags ein. Es kann nicht etwa der andere Teil Erfüllung anbieten und selbst eine eventuell nach § 69 K.O. nach ihrem Geldwerte berechnete Forderung auf Erfüllung im Konkurs geltend machen. [2]). Die Nichterfüllung zieht auch nicht die Aufhebung des Vertrags nach sich. [3]) Es bleibt vielmehr der Vertrag bestehen, nur die Erfüllung der Vertragsleistung wird durch die Erklärung bezw. Nichterklärung des Verwalters beeinflusst, indem der andere Kontrahent nicht die ganz oder teilweise ausstehende Vertragsleistung verlangen, sondern nach § 26 K.O. nur eine Forderung wegen Nichterfüllung als Konkursgläubiger geltend machen kann. [4]) Der Verwalter hiegegen kann eine Ersatzforderung wegen Nichterfüllung des Vertrages nicht stellen, da es ja

---

[1]) Petersen und Kleinfeller S. 70.
[2]) Fitting § 6 No. 8.
[3]) Wolff S. 97 Anm. 7, Jaeger Kommentar S. 150.
[4]) Sarwey-Bossert S. 103, Seuffert's Archiv XLII 246—248, die Motive z. Ges. betr. Aenderungen der Konkursordnung Hahn S. 41.

er ist, der die Nichterfüllung veranlasst. So auch die Kommentare.

Es ist deshalb auch nicht richtig, wenn Wolff S. 97 bei dem teilweise erfüllten Vertrage eine Rückforderung der bethätigten Leistung wegen ungerechtfertigter Bereicherung gem. § 812[1] Satz 2 B.G.B. eintreten lässt, wie dies auch nicht nach den Bestimmungen über das Rücktrittsrecht der §§ 346 ff. B.G.B. verlangt werden kann; denn der Vertrag bleibt grundsätzlich bestehen, nur die Leistung ändert sich.

Es sind hier vier Fälle zu unterscheiden:

aa) Keines der Vertragsteile hat vor Konkurseröffnung eine Leistung bethätigt. In diesem Fall kann der Gegenkontrahent das Interesse als Konkursforderung geltend machen.

bb) Der Gemeinschuldner hatte noch nichts, der andere Kontrahent dagegen teilweise geleistet. In diesem Fall kann der Gegenkontrahent das Interesse wegen Nichterfüllung und auch Ersatz wegen der teilweisen Erfüllung im Konkurs anmelden, jedoch nur als Konkursforderung, nicht als Masseforderung (s. auch Kohler S. 137).

cc) Der Gemeinschuldner hatte teilweise, der andere Contrahent noch nichts geleistet.

In diesem Fall hat der Verwalter eine einfache Forderung an den Kontrahenten, dieser dagegen eine Ersatzforderung wegen Nichterfüllung; diese Ersatzforderung kann zur Aufrechnung auf die Forderung der Masse verwendet werden. §§ 54 K.O. R.G. XXII 112 (Kohler S. 137).

dd) Beide Teile haben teilweise geleistet.

Auf Seiten der Masse besteht eine einfache Forderung, auf Seiten des andern Contrahenten eine Interesseforderung wegen Nicht-

erfüllung *plus* Ersatzforderung wegen der teilweisen Erfüllung. Es findet gegenseitge Aufrechnung statt und wird, wenn ein Plus auf Seiten der Masse verbleibt, dieses vom anderen Kontrahenten eingefordert, wenn ein Plus auf Seiten des anderen Kontrahenten verbleibt, dieses als Konkursforderung im Konkurs angemeldet.

Sind bereits Teilleistungen gemacht worden, so wird der Verwalter berechnen müssen, ob er besser mit der Erklärung der Erfüllung oder der Nichterfüllung wegkommt und danach wird sich im Einvernehmen mit dem Gläubigerausschuss (§§ 133—135 K.O.) die Wahl richten. Für die Wahl, sowie Verletzung der Vorschriften dieser Paragraphen ist der Verwalter verantwortlich (§ 82 K.O.)

Die Rechtsgültigkeit der Handlungen des Verwalters wird nicht berührt. (§ 136 K.O.)

An eine getroffene Wahl ist der Verwalter gebunden, er kann nicht, wenn er beispielsweise für Nichterfüllung sich entschieden hat, später wieder gegen den Willen des Kontrahenten auf die Erfüllung übergehen.

g) Der § 17 K.O. gibt dem anderen Kontrahenten, selbst dann, wenn seine Forderung noch nicht fällig ist, das Recht vom Verwalter über seine Absicht der Erfüllung oder Nichterfüllung eine unverzügliche Erklärung zu verlangen.

Die Dauer der Erklärungsfrist hat sich nach der Natur des zu Grunde liegenden Vertrags zu richten, danach ist zu entscheiden, ob der Verwalter im Verzug ist oder nicht. An eine Form ist die Erklärung nicht gebunden.

h) Trotzdem der Verwalter in den Vertrag des Gemeinschuldners eingetreten ist, kann er aus inneren Gründen des Vertrags die Erfüllung verweigern;

für diese Fälle kommen dann §§ 17, 26 K.O. nicht zur Anwendung.

f) Die Einwirkung des Konkurses auf Fixgeschäfte des Gemeinschuldners.

Auch die Fixgeschäfte des § 18 K.O. gehören zu den zweiseitigen Verträgen und unterliegen gleichfalls den gesetzlichen Bestimmungen des § 17 K.O. soweit nicht § 18 K.O. eine Abänderung getroffen hat. Das Fixgeschäft ist hier im engeren Sinn zu verstehen, da die K.O. nur von Lieferung von Waaren spricht.

Fixgeschäft im engeren Sinn ist jedes Geschäft, bei dem die Lieferung von Waaren seitens des Verkäufers zu einer fest bestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmter Frist zu geschehen hat und dies noch besonders durch bestimmte Ausdrücke, wie „fix" „prompt" etc. betont ist (art 376 H.G.B.).

1) Der § 18 trifft nunmehr den Fall, dass der Gemeinschuldner und der andere Teil ein solches Fixgeschäft vereinbart haben und zwar über Waaren, welche einen Markt- oder Börsenpreis haben. Ob ein solches Fixgeschäft vorliegt, ob ferner die Waaren einen Markt- oder Börsenpreis haben, liegt auf dem Gebiet des Handelsrechts.

2) Die Zeit der Erfüllung oder der Ablauf der Frist für die Erfüllung muss nach Konkurseröffnung eintreten.

3) Die Erfüllung, wenigstens die vollständige Erfüllung muss auf beiden Seiten noch ausstehen. [1])

Treffen die vorstehenden Merkmale zusammen, so verwandelt sich das Lieferungsgeschäft in ein

---

[1]) So herrschende Meinung, siehe die Ausführungen bei Wolff S. 94, Jaeger S. 153; a. M. Sarwey-Bossert S. 105, Mandry-Geib civilrechtl. Inhalt S. 430; Wengler S. 151.

Differenzgeschäft, indem nicht die Erfüllung verlangt werden kann, sondern nur die Differenz zwischen Kauf- und Markt- oder Börsenpreis, welcher nach § 18 II K.O. sich an dem Orte der Erfüllung oder dem für denselben massgebenden Handelsplatze für die am zweiten Werktage nach der Konkurseröffnung mit der bedungenen Erfüllungszeit geschlossenen Geschäfte ergibt. Lässt sich ein solcher Markt- oder Börsenpreis nicht ermitteln, so kommt nicht § 18, sondern § 17 K.O. zur Anwendung [1]). Die Bestimmungen des § 18 K.O. greifen in die Rechte des Gemeinschuldners ein und schaffen die Ausnahme, dass Rechtsgeschäfte allein durch die Konkurseröffnung eine andere rechtliche Natur mit Wirkung für den Gemeinschuldner über die Dauer des Konkurses hinaus annehmen; der § 18 K.O. schafft materielles Recht. Diese Bestimmungen greifen für alle Fixgeschäfte mit obigen Merkmalen Platz, gleichgültig, ob denselben noch Bedingungen beigefügt sind; nur dürfen diese den Charakter als Fixgeschäft nicht zerstören. Daraus folgt, dass die Bestimmungen des § 18 K.O. auch anzuwenden sind, wenn vor Konkurseröffnung die Aufrechterhaltung des Fixgeschäftes auch für den Fall des Konkurses vereinbart worden ist. (So auch Wolff S. 100, Sarwey-Bossert S. 109).

4) Hat weder Gemeinschuldner noch der andere Kontrahent vor Konkurseröffnung den Kaufpreis teilweise geleistet, oder zum Teil die Waaren geliefert, so ist der Fall insofern einfach, als dann die Differenzforderung demjenigen Teil zusteht, zu dessen Gunsten sich die Differenz ergibt. Auf Seite der Masse läge eine Masseforderung, auf Seite des anderen Kontrahenten eine Konkursforderung vor.

[1]) Tritt der fixe Lieferungszeitpunkt nach Konkurseröffnung vor dem 2. Werktage nach Konkurseröffnung ein, so kann ein Börsenpreis nicht ermittelt werden, es tritt also § 17 in Geltung, so die herrschende Meinung; a. M. Völderndorff § 16 Anm. d III. Brachmann a. a. O. S. 41 Anm. 2.

5) Vor Konkurseröffung war bereits ein Teil des Kaufpreises bezahlt. Hier wird gleichfalls die Differenz festgestellt.

aa) War der Gemeinschuldner Käufer und es ergibt sich eine Differenz zu seinen Gunsten, so kann er ohne Zweifel vom Verkäufer nicht nur die Differenz, sondern auch die bereits bethätigte Teilzalung voll und ganz zurückfordern; denn die Differenzforderung ist nur gegeben als Aequivalent für den Nutzen, der sich für den einen oder anderen Teil bei Regelung des Fixgeschäfts ergeben würde. Es hat diese Differenzforderung mit der bereits bezalten Teilleistung nichts zu thun, nicht als ob durch Geltendmachung der Differenz die bethätigte Teilleistung verloren ginge.

bb) War der Gemeinschuldner Käufer und es ergibt sich zu Gunsten des Verkäufers eine Differenz, so kann dieser die Differenzforderung gegen die Forderung des Käufers aufrechnen. Je nachdem ein Rest der Differenzforderung oder der Forderung des Käufers bleibt, liegt eine Konkursforderung oder eine Masseforderung vor.

cc) War der andere Kontrahent Käufer und die Differenz stellt sich zu seinen Gunsten so hat er eine Konkursforderung, welche sich aus der Forderung wegen teilweiser Vorauszahlung und aus der Differenz zusammensetzt.

dd) War der andere Kontrahent Käufer und die Differenz stellt sich zu Gunsten des Gemeinschuldners, dann tritt Aufrechnung ein, im Uebrigen wie bei bb)

6) Wolff S. 100 f. behandelt auch den Fall, wenn

vor Konkurseröffnung bereits ein Teil der Waaren abgeliefert war. Da der Gemeinschuldner, wenn er lieferungspflichtig ist, der Gattung nach bestimmte Waaren zu liefern, daher die in seiner Person eingetretene Unmöglichkeit der Leistung zu vertreten hat (§ 279 B.G.B.) so kann der Käufer (§ 28 II B.G.B.) seine Forderung wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit geltend machen, sofern die teilweise Erfüllung für ihn keine Interesse hat.

Der von Wolff gedachte Fall wird aber gar nicht von § 18 K.O. getroffen, denn die Voraussetzung dieses Paragraphen ist, dass die Lieferung noch nicht, also auch nicht teilweise erfolgt ist. Ist dies geschehen, dann kommt § 17 K.O. zu Geltung.

g) Einwirkung des Konkurses auf die vor der Konkurseröffnung geschlossenen Miet- und Pachtverträge.

Die Miet- und Pachtverträge erfahren in der Konkursordnung § 19—22 eine wechselnde Regelung, je nachdem der gemietete oder gepachtete Gegenstand — sei es ein Immobile, sei es eine bewegliche Sache oder ein gepachtetes Recht — vor der Konkurseröffnung dem Mieter überlassen, [1]) und je nachdem der Gemeinschuldner Mieter oder Vermieter ist. Die konkursrechtlichen Vorschriften der §§ 19—22 sind im Interesse des Konkursverfahrens geschaffen, sie enthalten zwingendes Recht, welches durch Vereinbarung zwischen Gemeinschuldner und dem anderen Teil nicht ausgeschlossen werden kann.

1. Der Gemeinschuldner ist Mieter oder Pächter.

a) die Uebergabe des Gegenstands ist vor Konkurseröffnung erfolgt.

[1]) Ueberlassung ist erst mit Besitzergreifung des Mieters erfolgt; ebenso muss eine Ueberlassung angenommen werden, wenn das Wesentliche übergeben ist, s. Wilmowski S. 99, Petersen und Kleinfeller S. 79, Sarwey-Bossert S. 111, Wolff S. 102, Jaeger S. 160 f.

Der in der Konkursordnung zum Ausdruck gekommene Grundsatz, dass die vom Gemeinschuldner vor Konkurseröffnung geschlossenen Verträge in ihrem Bestand aufrecht erhalten bleiben sollen, leidet auch hier Anwendung; durch Konkurseröffnung werden die Miet- und Pachtverträge nicht aufgehoben, sondern sie bleiben nach wie vor bestehen. Man musste jedoch den durch das Konkursverfahren bedingten besonderen Rechtsverhältnissen gerecht werden und musste desshalb eine zeitliche Begrenzung schaffen für Miet- oder Pachtverträge, welche auf lange Jahre hinaus bestanden und welche zum grossen Teil nur für den Gemeinschuldner besonderen Wert hatten; ohne die Möglichkeit der vorzeitigen Beendigung der Miet- oder Pachtverträge hätte fast jedes Konkursverfahren eine mehr oder weniger bedeutende Verzögerung erfahren und ausserdem wäre die Konkursmasse durch Bezahlung des Miet- oder Pachtschillings — es sind dies für die Zeit nach Konkurseröffnung Masseschulden § 59 No. 2 K.O. — so stark überlastet worden, dass in vielen Fällen die Masse dadurch aufgezehrt worden wäre, und die übrigen Konkursgläubiger das Nachsehen gehabt hätten. Diese Sachlage zwang die Konkursordnung, Bestimmungen zu treffen, wonach die Dauer der Miet- oder Pachtverträge mit Konkurseröffnung den Interessen des Konkurses angepasst wurden. Nach § 19 K.O. wird beiden Vertragsteilen mit Konkurseröffnung ein Kündigungsrecht zugestanden ohne Rücksicht auf im Vertrag enthaltene Kündigungstermine und andere Bestimmungen. Die vereinbarte Kündigungsfrist bleibt aufrecht erhalten, wenn sie kürzer ist als die gesetzliche.

Die gesetzlichen Kündigungsfristen regeln die §§ 565, 595, B.G.B. Hiezu soll nur bemerkt werden, dass die Kündigungsfrist des § 565 B.G.B. nicht nach Bezahlung des Mietpreises, sondern nach der verein-

barten Bemessung desselben sich richtet; die Bezahlung des Mietpreises ist für die Kündigungsfrist ohne Einfluss.

Die Kündigung ist nicht an eine sofortige Entscheidung nach Konkurseröffnung gebunden, vielmehr bleibt das Kündigungsrecht des § 19 K.O. für die ganze Dauer des übernommenen Miet- bezw. Pachtverhältnis bestehen [1]) mangels besonderer Bestimmungen, wie sie für Veräusserungen von Grundstücken (§ 571 B.G.B., § 57 Ges. über die Zwangsvollstreckung) vorgeschrieben sind, aufrecht erhalten.

Dem Vermieter oder Verpächter kann durch die nach § 19 K.O. erfolgende vorzeitige Kündigung des Vertragsverhältnisses Schaden erwachsen, indem er vielleicht lange Zeit aus den gemieteten und gepachteten Gegenständen keinen Nutzen ziehen kann oder im Interesse der längeren Dauer der Vermietung, Verpachtung grössere Aufwendungen auf den Miet-Pachtgegenstand vor der Konkurseröffnung gemacht hat. Diesen Schaden [2]), der ihm durch die frühzeitige Endigung des Vertragsverhältnisses entsteht, soll der Vermieter, Verpächter im Konkurs als Konkursforderung geltend machen dürfen, wenn das Vertragsverhältnis durch den Verwalter gekündigt worden ist, nicht dagegen, wenn Vermieter und Verpächter selbst kündigen; denn das Gesetz hat nur dem Vermieter und Verpächter einen Ersatzanspruch gegeben. § 19 K. O.

Erfolgt die Auflösung des Mietverhältnisses nicht aus Gründen des § 19 K.O. oder ausser aus diesen Gründen auch noch wegen anderer, kann ein Ersatzanspruch nach § 19 nicht gestellt werden.

Wird das Vertragsverhältnis fortgesetzt, so ist der nach Konkurseröffnung erwachsende Miet- oder

[1]) S. Stieglitz S. 101, Sarwey-Bossert S. 113, Jaeger S. 162.

[2]) Fesstellung desselben s. §§ 324, 536 B.G.B.

Pachtschilling Masseschuld, der vor Konkurseröffnung erwachsene eine Konkursforderung, für welche jedoch ein Absonderungsrecht (§ 49 No. 2, § 48 K.O.) besteht.

Das Rechtsverhältnis bei Fortsetzung des Miets- oder Pachtvertrags erleidet keine Aenderung.

Der Gemeinschuldner bleibt Mieter oder Pächter, das Verfügungsrecht über die gemieteten oder gepachteten Gegenstände, wird jedoch vom Verwalter ausgeübt. Das Recht des Vermieters erhält hiedurch keine Einbusse. Und so gelten dem Verwalter gegenüber auch die gleichen Kündigungsrechte wie gegen den Gemeinschuldner. Ist also der Verwalter mit zwei aufeinander folgenden Zinszahlungen ganz oder teilweise im Rückstand, so kann der Vermieter ausserordentlich kündigen (§ 554 B.G.B.); er braucht sich nicht die Einrede des Verwalters gefallen lassen, dass ein Teil der fälligen Zinsen vor der Konkurseröffnung liegt und der Vermieter sich hiefür mit der Konkursdividende begnügen muss, nur gegen einen bestimmten Mietzins hat der Vermieter vermietet, erhält er denselben nicht, gleichgiltig aus welchem Grund, so kann er vom seinem ausserordentlichen Kündigungsrecht Gebrauch machen. [1])

Daraus, dass nicht nur ein neues Mietverhältnis zwischen Verwalter und Vermieter vorliegt, sondern dass das Mietverhältnis zwischen den ursprünglichen Vertragsparteien bestehen bleibt, folgt, dass der Verwalter zum Gebrauch der gemieteten Sache nicht der Erlaubnis des Vermieters bedarf; denn Namens des Gemeinschuldners übt er das Recht aus. Der § 549 B.G.B. hat nur den Fall im Auge, dass der Mieter sein Mietrecht einem Dritten überträgt, was hier nicht zutrifft. Der Verwalter ist geradeso wie der Gemeinschuldner an die Vorschriften des § 549 B.G.B. gebunden, wenn er die Sache weiter vermieten will.

---

[1]) Wolff S. 103.

Kündigungen haben an den und von dem Konkursverwalter zu erfolgen. Setzt der Gemeinschuldner nach § 568 B.G.B. den Mietvertrag fort, kündigt er denselben, so thut er dies alles ohne Wirkung für die Masse. Der Verwalter kann auch gegen den Willen des Gemeinschuldners kündigen und zwar mit Wirkung für diesen, nicht nur während, sondern auch nach Beendigung des Konkursverfahrens.

b) Die Uebergabe des Gegenstandes ist noch nicht erfolgt.

Ist der Gegenstand noch nicht, wenigstens seinem wesentlichen Bestandteil nach, überlassen, so wird durch Konkurseröffnung der Vertrag an und für sich nicht aufgehoben; wird von keiner Seite eine Erklärung abgegeben, so dauert der Vertrag fort. Eine Erklärung des Gemeinschuldners ist ohne Wirkung für die Konkursgläubiger; der Miet- oder Pachtschilling, für den nach Konkurseröffnung ein Absonderungsrecht mit Wirkung gegen die Konkursgläubiger nicht erworben werden kann § 15 K.O., ist Masseschuld. (§ 59 No. 2 K.O.).

In diese vom Gemeinschuldner geschlossene Verträge bringt nun § 20 K.O. eine Aenderung herein, indem ein Rücktrittsrecht des Vermieters, Verpächters statuirt wird; machen diese davon Gebrauch, so wird der Vertrag gerade so angesehen, als ob er nicht geschlossen wäre. Der Vertrag gilt *ex tunc* als aufgehoben.

Hatte der Gemeinschuldner also bereits ganz oder teilweise erfüllt und Vermieter, Verpächter treten vom Vertrage zurück, so haben diese wegen ungerechtfertigter Bereicherung die Vorausleistungen an die Masse zurückzugeben. Dieses Rücktrittsrecht ist aber nicht dem Verwalter, sondern lediglich dem Vermieter Verpächter gegenüber dem Verwalter, (nicht gegenüber dem Gemeinschuldner) eingeräumt, nachdem diese

ein Interesse haben können, dass nur die Person des Gemeinschuldners, oder wenigstens nicht eine Konkursmasse den Miet-, Pachtgegenstand inne hat.

Dem Verwalter ist nur das Recht eingeräumt, einer Verzögerung der Erklärung dadurch entgegenzutreten, dass er den Vermieter, Verpächter zur unverzüglichen Erklärungsabgabe auffordern kann mit der Reshtsfolge, dass bei Zuwiderhandeln gegen diese Bestimmung des § 20[II] K.O. nunmehr der Verwalter das Wahlrecht des § 17 K.O. hat, für welches jedoch vorausgesetzt ist, dass der Miet- oder Pachtzins noch nicht oder noch nicht vollständig bezahlt ist. Dasselbe Recht hat der Verwalter, wenn Vermieter, Verpächter erklären, dass sie von dem Rücktrittsrecht keinen Gebrauch machen.

Es ist also durch die Erklärung des andern Teil, vom Rücktrittsrecht keinen Gebrauch zu machen, noch nicht bestimmt, dass der Vertrag für die Konkursmasse aufrecht erhalten bleibt. Es ist hiemit nur festgestellt, das der Vertrag nicht als aufgehoben gilt, sondern vorerst weiter besteht. Ob dann das Vertragsverhältnis wirklich erfüllt wird, richtet sich nach § 17 K.O., d. h. es hängt von der Wahl des Verwalters ab.

2. Der Gemeinschuldner ist Vermieter oder Verpächter.

a) Die Uebergabe des Gegenstands ist vor Konkurseröffnung erfolgt.

Ist die Uebergabe des Gegenstandes durch den Gemeinschuldner vor Konkurseröffnung erfolgt, so bleibt das Vertragsverhältnis bestehen, der Miet- oder Pachtvertrag ist auch der Konkursmasse gegenüber wirksam. (§ 21[I] K.O.)

Eine vorzeitige Kündigung des Vertragsverhältnis kann nur eintreten, wenn das Miet- oder Pacht-

objekt ein Grundstück war und der Verwalter dieses freiwillig veräussert; in diesem Falle ist das Miet- oder Pachtverhältnis wie bei einer Zwangsversteigerung (§ 21 III K.O.) zu behandeln. Danach kann dem andern Teil von dem Ansteiger, der ein Kündigungsrecht für den ersten gesetzlichen Kündigungstermin (nur für diesen) nach dem Zuschlag hat, (Gesetz über die Zwangsvollstreckung § 57) gekündet werden. Nachdem dies nicht einer Vertragsauflösung gleichkommt, so kann etwa vorausbezahlter Miet- oder Pachtzins nicht zurückgefordert, sondern nur zugleich mit einem etwaigen Entschädigungsanspruch (vergl. § 325 B.G.B.) als Konkursforderung angemeldet werden. (§ 26 K.-O.) s. auch Sarwey-Bossert S. 116.)

Der § 21 II trifft auch den Fall, dass der Gemeinschuldner bereits vor Konkurseröffnung über den künftigen Miet- oder Pachtzins für sein Immobile, insbesondere durch Einziehung verfügt hat. Eine solche [1]) Verfügung bleibt den Konkursgläubigern gegenüber wirksam, wenn sie sich auf das zur Zeit der Konkurseröffnung laufende und das folgende Kalendervierteljahr bezieht. Eine Verfügung darüber hinaus ist den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam, der Mieter, Pächter muss auf Verlangen des Verwalters nochmals leisten und kann nicht eine ihm gegen den Gemeinschuldner zustehende Forderung gegen die Miet- oder Pachtzinsforderung der Konkursmasse aufrechnen.

Diese durch § 21 II K.O. getroffenen Bestimmungen haben ihr Vorbild in den §§ 1124, 1125 K.O.,

---

[1]) nicht aber, wenn die Vermietung, Verpachtnng einer beweglichen Sache oder Verpachtung eines Rechts vorliegt. Jede Verfügung des Gemeinschuldners über den Miet- bezw. Pachtzins bleibt den Konkursgläubigern gegenüber wirksam, nachdem die Unwirksamkeit von § 21 II K.O. nur auf Grundstücke, sowie Wohn- und anderen Räumenbeschränkt wurde.

wo dem Hypothekengläubiger, der den Miet- oder Pachtzins in Beschlag genommen hat, Schutz gegen Einziehung oder anderweite Verfügung über den Miet- oder Pachtzins gewährt wird. (So auch Motive zur Konkursnovelle S. 30 f.)

b) Die Uebergabe des Gegenstandes ist noch nicht erfolgt.

Eine besondere Bestimmung für diesen Fall ist nicht getroffen, es kommen also die Grundsätze des § 17 K.O. zur Anwendung, wenn der Miet- oder Pachtzins noch nicht oder noch nicht ganz bezahlt ist; der Vertrag bleibt also bestehen. Der Verwalter hat die Wahl, ob er sich für Erfüllung oder Nichterfüllung entscheiden will.

h. Einwirkung des Konkurses auf das vor Konkurseröffnung beim Gemeinschuldner eingegangene Dienstverhältnis.

Die Konkursordnung kann nur Bestimmungen treffen für die Fälle, wo der Gemeinschuldner selbst Arbeitgeber ist, nicht für den Fall, wo er Arbeitnehmer ist, da seine Person selbst durch das Konkursverfahren nicht berührt wird, sondern nur sein Vermögen. § 22 K.O. hat die Fälle, wo der Gemeinschuldner Arbeitgeber ist, nur mit Rücksicht auf das in seinem Haushalt, Wirtschaftsbetrieb, oder Erwerbsgeschäft mögliche Dienstverhältnis geordnet.

Voraussetzung ist, dass das Dienstverhältnis bereits angetreten ist; im andern Fall hat § 17 K.O. Geltung. Ist das Dienstverhältnis schon angetreten, dann kommen vereinbarte Kündigungstermine insoferne in Wegfall, als nunmehr der Verwalter, wie auch der Arbeitnehmer, und zwar während der ganzen Dauer des Konkurses [1]) kündigen können, wobei je-

[1]) Sarwey-Bossert S. 119.

doch die gesetzliche Kündigungsfrist [1]) mangels Vereinbarung einer kürzeren Frist einzuhalten ist.

Die Thätigkeit dieser Arbeitnehmer muss nicht allein an die Person des Arbeitgeber geknüpft sein [2]), notwendig ist nur, (nach den Motiven Hahn S. 99), dass die Erwerbsfähigkeit des Vergütungsberechtigten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch genommen wird und es sich um fortgesetzte Verrichtung gleichartiger Dienste handelt. Es soll durch § 22 K.O. nur die *locatio conductio operarum,* deren Gegenstand die Arbeitskraft selbst und ihre Benutzung zu einzelnen Diensten bildet, getroffen werden, nicht auch die *locatio conductio operis,* durch die ein herzustellendes Produkt der Arbeitskraft verdungen oder ausbedungen wird; für diesen tritt mangels anderer Bestimmungen § 17 K.O. in Wirksamkeit.

Was der Arbeitnehmer für die Zeit vor Konkurseröffnung zu fordern hatte, bildet eine Konkursforderung (§ 61 No. 1 K.O.), was er nach Konkursforderung zu fordern hat, ist eine Masseschuld (§ 59 No. 2 K.O.), und ausserdem kann er noch als Konkursforderung Ersatz des Schadens ansprechen, der ihm durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstanden ist, sofern die Kündigung durch den Verwalter erfolgte.

i) Einwirkung des Konkurses auf vor Konkurseröffnung vorgenommenen Rechtshandlungen des Gemeinschuldner [3]).

Eine grosse Rolle im Konkurs spielt das Anfecht-

---

[1]) §§ 621—627 B.G.B. § § 66 ff, 92 H. G. B. § § 28, 122, 133a, 134 Gew.-O.

[2]) Siehe für diese Frage Petersen und Kleinfeller S. 83, Wilmowski S. 104, Fitting § 6 Anm. 3, Hullmann Anm. 3 zu § 19, Voelderndorff Anm. 4 zu § 19, Stieglitz Anm. III zu § 19, Meisner Anm. 1 zu § 19, Sarwey-Bossert S. 117 f. Wengler Anm. 2 zu § 19, Fuchs § 20 Anm. 54, Kohler S. 149, Endemann S. 179, Jäger S. 177.

[3] Seuffert S. 197—229, Endemann S. 227—290, Kohler

ungsrecht. [1]) Gerät der Schuldner in Zahlungsschwierigkeiten, so sucht er häufig kurz vor Ausbruch des Konkurses einzelne Gläubiger vor den anderen noch zu begünstigen, sucht einen Teil seines Vermögens zu retten, indem er ihn formell seinen Verwandten oder Freunden überträgt, kurz, er begeht Rechtshandlungen, welche sein Vermögen schmälern und so auch die Aussichten seiner Gläubiger, Befriedigung aus seinem Vermögen zu erhalten, verringern.

Gegen diese Benachteiligungen musste den Gläubigern ein Schutz geschaffen werden. Da die vor Konkurseröffnung hinsichtlich der (nachherigen) Konkursmasse vorgenommenen Rechtshandlungen durch Konkurseröffnung ihre Giltigkeit nicht verlieren, so musste die Konkursordnung sich damit behelfen, dass sie diese Rechtshandlungen unter gewissen Voraussetzungen der Anfechtung unterstellte und den Konkursgläubigern gegenüber für unwirksam erklärte, wenn der Konkursverwalter mit der Anfechtung durchdrang. Ausgedehnt ist das Anfechtungrecht auch auf Rechtshandlungen nach Konkurseröffnung, wenn sie nach den §§ 892, 893 B.G.B. den Konkursgläubigern gegenüber wirksam sind.

Die Konkursordnung hat in §§ 29—42 das Recht der Anfechtung geregelt.

Es ist hier nicht der Raum, um Anfechtungsrecht durchgreifend zu behandeln; nur soweit der Gemeinschuldner davon ergriffen wird, soll dasselbe Erwähnnug finden.

Voraussetzung der Anfechtbarkeit ist, dass durch eine Rechtshandlung selbst dann, wenn hiefür ein Vollstreckungstitel vorlag, oder wenn die Rechtshand-

---

S. 192—270 s. d. Litteratur bei Seuffert S. 201 Anm. 4 Sarwey-Bossert Vorbemerkung S. 133—145.

[1]) Kontroversen bestehen über die rechtliche Natur des Anfechtungsrecht, s. bei Wolff S. 125, Sarwey-Bossert S. 140 f., Jäger S. 214 ff.

lung durch Zwangsvollstreckung oder durch Vollziehung eines Arrestes erwirkt worden ist (§ 35 K.O.), die Gläubiger benachteiligt werden, so dass sie aus der Masse nicht vollständige Befriedigung erlangen können.

Unter Rechtshandlung ist „jede verpflichtende Erklärung des Gemeinschuldners zu verstehen, welche eine Rückwirkung auf die Masse haben kann." Pr. I. 9, 10. Hahn S. 525. Nicht nur positive Handlungen, sondern auch Unterlassungen des Gemeinschuldners sind hierunter begriffen. (Sarwey-Bossert S. 146.) Voraussetzung ist nur, dass auf Grund der Unterlassung der Anfechtungsgegner etwas auf Kosten des Gemeinschuldner erlangt hat. (§ 812 B.G.B.) Es liegt diese Voraussetzung nicht vor und der Gemeinschuldner begeht sohin keine anfechtbare Rechtshandlung, wenn er ein Darlehen oder einen Vertrag kündigt, Vollmachten erteilt oder zurücknimmt, ihm gemachte Offerten nicht acceptirt, Vermögensgegenstände derelinquirt, sein Erwerbsgeschäft aufgiebt etc.

Da die Vermögensunzulänglichkeit bei Konkurseröffnung ohne Weiteres angenommen wird, braucht es in dieser Beziehung keines Nachweises; stellt sich aber heraus, dass alle Gläubiger volle Befriedigung finden, oder dass eine Benachteiligung der Konkursgläubiger nicht eingetreten ist, (z. B. weil der aus der anfechtbaren Rechtshandlung Forderungsberechtige seine Forderung nicht angemeldet hat), dann fällt auch die Anfechtbarkeit weg, ebenso dann, wenn die anzufechtende Rechtshandlung, schon an und für sich nichtig ist. Die anfechtbare Rechtshandlung braucht nicht allein vom Gemeinschuldner §§ 30 No. 1 erster Halbsatz 31, 32, K.O. sondern kann auch von Gläubigern (§ 30 No. 1 zweiter Absatz No. 2 K.O.) gleichgültig ob mit dem Willen des Gemeinschuldners oder ohne oder gegen seinen Willen [1]) vorgenommen sein,

[1]) R. G. II. 375, 398, X 34, XXV. 38.

sie muss jedoch die Konkursmasse berühren; denn die Konkursgläubiger haben nur aus dieser, nicht aus seinem konkursfreien Vermögen ihre Befriedigung zu verlangen, werden also nur geschädigt, wenn diese geschmälert wird. Ein Anfechtungsrecht besteht also nicht, sofern es sich um Rechtshandlungen über konkursfreies, bezw. vom Verwalter von der Konkursmasse ausgeschiedenes Vermögen handelt. Die Anfechtbarkeit ist ferner noch daran gebunden, dass die Rechtshandlung eine Zuwendung enthält; eine solche liegt vor, wenn jemand aus dem die nachherige Konkursmasse bildenden Vermögen des Gemeinschuldners entgeltlich oder unentgeltlich ein Vermögensrecht erhält, oder wenn jemand von einer Vermögensschuld an die (nachherige) Konkursmasse befreit wurde Es fällt hierunter also jede Vertragserfüllung auf Seiten des Gemeinschuldner. Ob durch diese Vertragserfüllung eine Benachteiligung der Konkursgläubiger entstanden, ist eine zweite Frage.

Treffen die vorstehenden Momente zusammen, dann können diese Rechtsgeschäfte den Konkursgläubigern gegenüber als unwirksam angefochten werden. Damit hat die Konkursordnung (§ 29) ausgesprochen, dass das Verhältnis zwischen Gemeinschuldner und dem restitutionspflichtigen Anfechtungsgegner durch die Anfechtung nicht berührt wird [1]), also die Rechtshandlung nicht als nichtig oder dem Anfechtungsgegner gegenüber als unwirksam gelten soll.

Ob nun der Anfechtungsgegner nach geleisteter Rückgewähr dem Gemeinschuldner gegenüber einen Anspruch erwirbt, richtet sich, ebenso wie die weitere Frage, ob ein solcher Anspruch geeignet ist, im Konkursverfahren geltend gemacht zu werden, nach bürgerlichem Recht.

---

[1]) Motive I. Hahn S. 122 f., R. G. VII. 35, XXX. 404, J. W. 1889 S. 109, Wilmowski Anm. 3. Sarwey-Bossert S. 150 f. Jaeger S. 220 f.

Der § 38 K.O. (s. hiezu § 142 B.G.B.) bestimmt, dass die Gegenleistung aus der Masse zu erstatten ist, soweit sie sich in derselben befindet, oder soweit die Masse um ihren Wert bereichert ist.

Ein Anspruch darüber hinaus kann nur als Konkursforderung geltend gemacht werden. Unter „Anspruch darüber hinaus" soll nicht allein derjenige Ausfall gemeint sein, der sich ergibt, wenn die Gegenleistung nicht ganz, oder ihrem Wert nach nicht ganz zurückerstattet werden kann, sondern hierunter ist auch ein weiterer Anspruch zu verstehen, den der Anfechtungsgegner wegen der Rückgewähr seiner Leistung gegen den Gemeinschuldner erwirbt und der im Konkursverfahren geltend gemacht werden kann, z. B. wenn der Anfechtungsgegner Schadenersatz wegen Nichterfüllung (hervorgerufen durch die Rückgewähr an die Konkursmasse) vom Gemeinschuldner zu verlangen berechtigt ist. [1])

Wenn auch ein solcher Anspruch vor Konkurseröffnung nicht bestanden hat, sondern erst nach Konkurseröffnung entstanden ist, so liegt trotzdem eine Konkursforderung vor, da der Anspruch in den vor Konkurseröffnung bestandenen Rechtsverhältnissen begründet ist.

Die Anfechtungsgründe der Konkursordnung [2]) lassen sich in fünf Gruppen zusammenfassen.

---

[1]) Sarwey-Bossert S. 186 Anm. 3. Cosack Anfechtungsrecht der Gläubiger S. 277—278.

[2]) Ein Anfechtungsrecht hat das H.G.B. § 342 für die stille Gesellschaft geschaffen.

Ist auf Grund einer in dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Konkurses zwischen dem Inhaber des Handelsgeschäfts und dem stillen Gesellschafter getroffenen Vereinbarung diesem die Einlage ganz oder teilweise zurückgewährt oder sein Anteil an dem entstandenen Verlust ganz oder teilweise erlassen worden, so kann die Rückgewähr oder der Erlass von dem Konkursverwalter angefochten werden. Es begründet keinen Unterschied, ob die Rückgewähr oder der Erlass unter Auflösung der Gesellschaft stattgefunden hat oder nicht.

1. Anfechtung wegen böswilliger Benachteiligung der Gläubiger. No. 1 des § 31 K.O. erklärt für anfechtbar die Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner in der dem andern Teil bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat.

In diesem Fall ist es also nicht nötig, dass der Gemeinschuldner bei Vornahme der Rechtshandlung bereits seine Zahlungen eingestellt hatte, es wird nicht gefragt, wie lange vor Konkurseröffnung die Vornahme der Handlung erfolgte. Die Frist ist somit 30 Jahre. Die Anfechtung muss jedoch innerhalb der Verjährungsfrist binnen einem Jahre seit Konkurseröffnung erfolgt sein (§ 41 K.O.), sonst ist sie trotz noch laufender Verjährung ausgeschlossen.

Vorausgesetzt wird:

a) Eine Rechtshandlung des Gemeinschuldners; sie kann entgeltlich oder unentgeltlich sein. War bei Vornahme der Handlung der Gemeinschuldner oder der andere Teil vertreten, so richten sich die rechtlichen Folgen der Willenserklärung gem. § 166 I B.G.B. nach der Person des Vertreters; nur darauf hat es anzukommen, ob bei diesem die Benachteiligungsabsicht bezw. Kenntnis vorgelegen hat. Hat jedoch der Vertreter nach bestimmten Weisungen des Vertretenen gehandelt, so ist die Rechtshandlung anfechtbar, wenn die Benachteiligungabsicht bezw. die

---

Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn der Konkurs in Umständen seinen Grund hat, die erst nach der Vereinbarung der Rückgewähr oder des Erlasses eingetreten sind.

Die Vorschriften der Konkursordnung über die Geltendmachung der Anfechtung und deren Wirkung finden Anwendung.

Das Handelsgesetzbuch hat nun hinsichtlich der Geltendmachung dər Anfechtung und deren Wirkung auf die Konkursordnung verwiesen; es bleiben also die für die konkursrechtliche Anfechtung gegebenen Voraussetzungen hier ausser Anwendung, so dass es also auf die Anwendung des § 342 H. G. B. keinen Einfluss übt, ob der stille Gesellschafter Kenntniss von der Zahlungseinstellung, von dem Eröffnungsantrag hatte oder nicht. Seuffert S. 216, Wolff S. 130.

Kenntnis davon auf Seiten des Vertretenen vorlag. (§ 166 II B.G.B.)

b) Die Absicht des Gemeinschuldners, die Gläubiger zu benachteiligen. Es genügt nicht das Bewusstsein des Gemeinschuldner, dass die Handlung die Benachteiligung zur Folge haben kann [1]), sondern es muss der bestimmte Zweck vom Gemeinschuldner verfolgt worden sein, mit der Handlung die Gläubiger zu schädigen. [2])

Die Absicht muss nicht gerade die Gesamtheit der Gläubiger treffen, es genügt, wenn nur einzelne Gläubiger benachteiligt werden sollten, gleichgültig ist es ferner ob die Personen, gegen welche sich die Benachteiligungsabsicht richtete, zur Zeit der Handlung schon Gläubiger waren, oder es erst später wurden, ebensowenig kommt es darauf an, ob die Forderung des in Frage stehenden Gläubigers zur Zeit der anzufechtenden Rechtshandlung schon fällig war. (Petersen und Kleinfeller S. 129, 130)

Die Beweislast der Benachteiligungsabsicht trifft den Konkursverwalter.

c) Von der Benachteiligungsabsicht muss der Anfechtungs-Gegner Kenntnis haben und zwar im Augenblick des Vertragsabschlusses bezw. im Zeitpunkt des Erwerbs. Eine Absicht, sich selbst einen Vorteil zu verschaffen, muss auf Seiten des

---

[1]) Das Bewusstsein einer blossen Möglichkeit der Benachteiligung der Gläubiger durch die fragliche Handlung genügt nicht. R. G. XI. 175, J. W. 1885 S. 159, 1887 S. 15, 1888 S. 70, 1889 S. 109 f. 209, 1890 S. 30, 1893 S. 160, R. G. XXIV S. 26.

[2]) In den Motiven waren auch in § 31 Nr. 2 die Worte „seine Gläubiger" enthalten.

Diese wurden in der Kommission I durch die Worte „die Gläubiger" ersetzt, wobei die Notwendigkeit der Umänderung der gleichen Worte in § 31 Nr. 1 übersehen wurde. Der Zweck der Anwendung war, jeden Zweifel auszuschliessen, als ob für die künftigen Gläubiger die Anfechtung nicht zugelassen seln sollte.

Anfechtungsgegner nicht vorliegen. (Motive Hahn S. 138.)

Die Beweislast der Kenntnis trifft gleichfalls den Konkursverwalter.

d) Die objective Voraussetzung des Anfechtungsrecht bildet die Benachteiligung der Konkursgläubiger; es wäre deshalb nicht nötig gewesen, im § 31 No. 1 dies besonders zu betonen.

Die Benachteiligung muss eine Folge der Handlung sein; ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der angefochtenen Rechtshandlung und der Benachteiligung ist die Voraussetzung; es braucht die Rechtshandlung nicht die alleinige Ursache der Benachteiligung gewesen sein; es genügt, wenn die Benachteiligung durch sie mit verursacht wurde. Liegt eine Benachteiligung überhaupt nicht vor, so entfällt die Anfechtung, und ob erstere vorliegt, ist nicht vom Standpunkt des Gemeinschuldners, sondern der Gläubiger zu beurteilen. Eine Benachteiligung liegt immer vor, wenn durch die Handlung die Rechtsmasse verringert wird, bezw. die zu ihr gehörigen Gegenstände belastet werden.

Die Beweislast der eingetretenen Benachteiligung trifft den Konkursverwalter.

2) Anfechtung entgeltlicher Verträge des Gemeinschuldners mit seinen Ehegatten oder näheren Verwandten.

Erfahrungsgemäss werden häufig noch kurz vor Konkurseröffnung vom Gemeinschuldner Verträge mit seinen nächsten Angehörigen geschlossen mit der Absicht, diesen Vermögen aus der (nachherigen) Konkursmasse zuzuwenden, wodurch dann seine Gläubiger benachteiligt werden. Diesen Benachteiligungen der Gläubiger hat die Konkursordnung in § 31 No. 2 abgeholfen und solche Verträge für anfechtbar erklärt unter folgenden Voraussetzungen.

a) Entgeltliche Verträge des Gemeinschuldners müssen vorliegen. Das Merkmal sind hier nicht Rechtshandlungen, sondern Verträge; diese müssen entgeltlich sein und dazu gehören alle vom Gemeinschuldner abgeschlossenen Verträge, welche nicht unentgeltliche Verfügungen sind [1]). Was bezüglich der Vertretung des Gemeinschuldner oder des anderen Teil S. 148 ausgeführt ist, gilt auch hier.

b) Die Verträge müssen im letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens geschlossen sein.

Das R. G. XVII 70, XXVII 285 hat entschieden, dass keine Verjährungs-, sondern eine Präklusivfrist vorliegt; es können also die Vorschriften über Hemmung und Unterbrechung der Verjährung nicht Anwendung finden. [2])

Die Fristenberechnung richtet sich nach §§ 187 I 188 B.G.B.

c) Die Verträge müssen vom Gemeinschuldner mit seinem Ehegatten, vor oder während der Ehe, mit seinen oder seines Ehegatten Verwandten in auf- und absteigender Linie, mit seinen und seines Ehegatten voll- und halbbürtigen Geschwistern, oder mit dem Ehegatten einer dieser Personen geschlossen sein. Das Verwandtschaftsverhältnis, das nach § 33 E. G. z. B.G.B. zu beurteilen ist, muss zur Zeit der Vornahme des Vertragsabschlusses bestehen; die Ehe des Gemeinschuldner braucht zu der Zeit noch nicht bestehen.

Ist der Gemeinschuldner oder der andere Teil vertreten, so kommt es nicht auf die persönlichen Verhältnisse des Vertreters, sondern des Vertretenen

---

[1]) Motive Hahn S. 139 ff., R. G. IX 103 f., XXVII 134, XXIX 299 f., J. W. 1886 S. 117, Sarwey-Bossert S. 166.

[2]) Wolff S. 139, Jäger S. 254 f.

an, da eine Vertretung hinsichtlich Verwandtschaftsverhältnisse nicht möglich ist. [1])

d) Der Gemeinschuldner muss die Absicht gehabt haben, die Gläubiger zu benachteiligen.

e) Die Gläubiger des Gemeinschuldners müssen durch den Abschluss des Vertrags benachteiligt sein.

f) Der andere Teil muss von der Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldner zur Zeit des Vertragsabschlusses Kenntniss gehabt haben. Diese Kenntniss wird präsumirt, wenn die anderen Voraussetzungen vorliegen, und es ist Sache des anderen Teil, den Gegenbeweis hiefür zu erbringen oder nachzuweisen, dass eine dolose Absicht des Gemeinschuldners nicht vorgelegen hat. [2]) Den Nachweis der anderen Voraussetzungen zu erbringen, ist Sache des Konkursverwalters. Erbringt er nur den Nachweis der Benachteiligung der Gläubiger, so trifft No. 2 des § 31 nicht zu, sondern es könnte nur § 31 No. 1 Anwendung finden, wonach aber die Beweislast der dolosen Absicht des Gemeinschuldners und der Kenntniss hievon den Konkursverwalter treffen würde.

3. Anfechtung von unentgeltlichen Verfügungen des Gemeinschuldners. Dass durch unentgeltliche Verfügungen des Gemeinschuldners über Vermögensbestandteile der (nachherigen) Konkursmasse diese mangels eines Gegenwertes geschmälert und dadurch wieder die Gläubiger in ihrem Befriedigungsrecht verkürzt werden, bedarf keiner Begründung. Um diese Nachteile von den Gläubigern des Gemeinschuldners abzuwenden, ist § 32 K.O. geschaffen

---

[1] R. G. XII 66, Petersen und Kleinfellner S. 146 Wolff S. 139 a. M. Meissner in Gruchots Beitr. XXXII 491, Jäger S. 253.

[2]) Sarwey-Bosert S. 167, Jäger S. 255 f.

worden. Dieser erfordert nicht die Absicht des Gemeinschuldners, dass er durch seine Freigebigkeit seine Gläubiger benachteiligen wollte; darauf darf billiger Weise keine Rücksicht genommen werden; denn der Gemeinschuldner, der aus seinem für die Deckung seiner Schulden unzureichenden Vermögen unentgeltliche Zuwendungen macht, begeht auf jeden Fall objectiv ein Unrecht an seinen Gläubigern, und da erfordert die Billigkeit, dass das Zugewendete der Bedachte dem Anfechtungsrecht der Gläubiger unterstellt. Nachdem schon durch die unentgeltliche Verfügung allein den Gläubigern des Gemeinschuldners ein Unrecht zugefügt wird, hat die K.O. als Erfordernis der Anfechtung in § 32 weder seine Benachteiligungsabsicht noch Kenntnis derselben beim anderen Teil noch das Vorliegen einer Zahlungseinstellung oder eines Eröffnungsantrag aufgestellt.

Die Voraussetzungen des § 32 sind:

a) Unentgeltliche Verfügungen des Gemeinschuldners, sofern nicht dieselben gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke zum Gegenstand haben Unentgeltlich ist die Verfügung, wenn der Leistung nicht eine Gegenleistung gegenüber steht, welche als Verfügung für diese Leistung dem Wert nach vollständig entspricht. Die unentgeltliche Verfügung ist nur dann vorhanden, wenn eine Zuwendung in der Absicht erfolgt, eine Freigebigkeit auszuüben, also der *animus donandi, munificentiam exercendi* vorliegt.

Von dem formell wirksamen Schenkungsversprechen ist zu trennen die Erfüllung desselben, welche als unentgeltliche Verfügung nicht betrachtet werden kann. Nur das Schenkungsversprechen als solches ist eine unentgeltliche Verfügung, welche dem § 32 K.O. unterliegt.

Ob eine entgeltliche oder eine unentgeltliche Rechtshandlung vorliegt, richtet sich nach bürgerlichem Recht.

b) Durch die Rechtshandlung muss eine Bereicherung des anderen Teil eingetreten sein, gleichgültig, ob sie bei Konkurseröffnung noch vorhanden ist, oder nicht. [1])

c) Die (nachherige) Konkursmasse muss durch die Rechtshandlung verringert oder verschlechtert werden. [2]) Es liegt sowohl eine Schenkung als auch eine Masseschmälerung nicht vor, wenn Jemand zum Vorteil eines Anderen einen Vermögenserwerb unterlässt oder auf ein angefallenes, noch nicht entgültig erworbenes Recht verzichtet, oder eine Erbschaft, oder ein Vermächtnis ausschlägt. (§ 517 B.G.B.).

d) Die unentgeltliche Verfügung muss in den letzten zwei Jahren vor der Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner vorgenommen worden sein, wenn die Zuwendung zu Gunsten seines Ehegatten erfolgte; erfolgte die Zuwendung zu Gunsten anderer Personen, so ist Anfechtung darauf beschränkt, dass die Handlung im letzten Jahr vor Konkurseröffnung erfolgte. Die Fristen sind Präklusivfriste.
Nachdem die Zuwendung zu Gunsten seines Ehegatten erfolgt sein musste, ist es also auch erforderlich, dass die Ehe zur Zeit der unentgeltlichen Verfügung bestanden hat. Auch Gelegenheitsgeschenke, die dem Ehegatten gemacht sind, unterliegen der Anfechtung des § 32 No. 2 [3]); sind sie anderen Personen ge-

[1]) Wolff S. 141.
[2]) Ausführlich bei Wolff S. 141 f.; siehe auch Jäger S. 258.
[3]) So auch Wollf S. 142, Sarwey-Bossert S. 170, Jäger S. 266, a. M. Cosack S. 147, Endemann S. 270, Stieglitz S. 157, Petersen S. 145.

macht, so lässt sie § 32 No. 1 nur anfechten, wenn sie über das Mass der Gebräuchlichkeit hinausgehen; ob letzteres der Fall ist, entscheidet das bürgerliche Recht.

Eine Aenderung der früheren Fassung dieses Paragraphen wurde durch B.G.B. veranlasst, indem die fernere Bestimmung in No. 2, welches sich auf die vom Gemeinschuldner bewirkte, in Gesetz oder Vertrag nicht begründete Sicherstellung oder Rückgewähr eines Heiratsguts oder des gesetzlich in seine Verwaltung gekommenen Vermögens seiner Ehefrau bezog, als überflüssig weggelassen wurde, weil die Ehefrau nach § § 1391, 1418[1] No. 1 B.G.B. schon geschützt ist.

4. Anfechtung von Rechtsgeschäften, welche vorgenommen wurden trotz Kenntnis des drohenden Konkurses.

Anfechtbar sind die nach der Zahlungseinstellung oder dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner eingegangenen Rechtsgeschäfte, durch deren Eingehung die Konkursgläubiger benachteiligt werden, wenn dem anderen Teile zu der Zeit, als er das Geschäft einging, die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt war. (§ 30 No. 1 erster Absatz)

Bezüglich der Anfechtbarkeit wegen Kenntnis der Zahlungseinstellung hat der § 33 K.O. die zeitliche Begrenzung geschaffen, wonach aus dem Grunde einer Kenntnis der Zahlungseinstellung Rechtshandlungen einer Anfechtung nicht unterliegen, wenn sie früher als sechs Monate vor Konkurseröffnung erfolgt sind.

Auf die Absicht des Gemeinschuldners bei Vornahme der Handlung kommt es hier nicht an, die Konkursordnung hat nur die objektive Benachteiligung der Konkursgläubiger im Auge.

Für vorliegende Anfechtung bedarf es des Zusammentreffens folgender Voraussetzungen, welche vom Konkursverwalter zu erweisen sind.

a) Es muss sich um ein Rechtsgeschäft [1]) des Gemeinschuldners mit einem Dritten handeln. Bezüglich der Vertretung des Gemeinschuldner oder des anderen Teils findet das S. 148 Ausgeführte analoge Anwendung.

b) Zeitlich muss die Vornahme des Rechtsgeschäftes erfolgt sein nach der Zahlungseinstellung oder nach dem Eröffnungsantrag.

c) Die Kenntnis der Zahlungseinstellung oder des Eröffnungsantrags muss auf Seiten des anderen Teils vorhanden sein. Der Gemeinschuldner selbst, der z. B. abwesend war, muss die Kenntnis nicht besessen haben.

Die Kenntnis muss zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäftes bestehen.

Eine unumstössliche Gewissheit braucht der andere Teil nicht haben, während ein Kennenmüssen auf seiner Seite auch nicht genügt. [2])

d) Eine Benachteiligung der Konkursgläubiger muss das Rechtsgeschäft nach sich ziehen.

5. Anfechtung von Leistungen an Konkursgläubiger.

Anfechtbar ist jede nach der Zahlungseinstellung, oder nach dem Eröffnungsantrag erfolgte Rechtshandlung, die einem Konkursgläubiger Sicherung oder Befriedigung gewährt, wenn dem Gläubiger zu der Zeit, als die Handlung erfolgte, die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt war. (§ 30 No. 1 zweiter Halbsatz K.O.) Es braucht die Rechtshandlung nicht eine des Gemeinschuldners sein, es kann auch eine solche des Konkursgläubigers sein.

[1]) Ueber den Begriff Rechtsgeschäft u. a. Wolff S. 133 Anm. 5; ausführlich bei Jäger S. 237 ff.

[2]) R. G. XXXVII 285 f, J. W. 1894 S. 593[16], XXIII 115, J. W. 1895 S. 226.

Voraussetzungen des Anfechtungsrechts sind:

a) Eine Rechtshandlung, welche einem Konkursgläubiger Befriedigung oder Sicherung gewährt.

Unter den Konkursgläubigern sind die Gläubiger des § 3 K.O. gemeint, welche bei Konkurseröffnung zu Konkursgläubigern werden, auf diese ist die Rechtshandlung beschränkt.

b) Die Vornahme der Handlung muss in die Zeit von der Zahlungseinstellung oder des Eröffnungsantrags bis zur Konkurseröffnung fallen.

Diese Zeitgrenze wird auf zehn Tage vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrag bis zur Konkurseröffnung erweitert, wenn der Konkursgläubiger die Sicherung oder Befriedigung nicht, oder nicht in der Art, oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte, als sie erfolgte. (§ 30 No. 2 K.O.)

Es kann hier der § 33 K.O. nicht Anwendung finden, denn es kommt hier nicht darauf an, ob die Rechtshandlung sechs Monate vor der Eröffnung des Verfahrens erfolgte und ob eine Kenntnis der Zahlungseinstellung vorlag, sondern es ist durchweg die Anfechtungsmöglichkeit hinsichtlich der Rechtshandlungen des § 30 No. 2 gegeben, wenn sie äussersten Falls „in den letzten 10 Tagen vor Zahlungseinstellung oder Eröffnungsantrag“ erfolgten, ohne Rücksicht also darauf, wie lange es seit Zahlungseinstellung bezw. Eröffnungsantrag bis zur Konkurseröffnung dauerte. [1])

c) Es muss ferner zur Zeit der Vornahme der Handlung auf Seiten des Konkursgläubigers Kenntnis der Zahlungseinstellung oder des Eröffnungsantrags vorgelegen haben.

---

[1]) Ebenso Wolff S. 143, a. M. Sarwey-Bossert S. 172.

Die Beweislast trifft den Konkursverwalter, dagegen den Konkursgläubiger, wenn er die Sicherung oder Befriedigung nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte, als sie erfolgte (§ 30 Ziff. 2 K.O.), da in diesem Fall die Kenntnis des Konkursgläubigers bis zur Einbringung des Beweises der Unkenntnis durch diesen präsumirt wird.

Ob die Sicherung oder Befriedigung nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit erfolgen durfte, ist nach bürgerlichem Recht zu beurteilen.

d) Durch die Rechtshandlung muss den Konkursgläubigern ein Nachteil erwachsen sein. Wenn Wolff S. 134 diese Benachteiligung der Konkursgläubiger nicht verlangt, wol aber eine Verminderung oder Verschlechterung der Vermögensmasse des Gemeinschuldners zur Zeit der Handlung, so muss eben darin die Benachteiligung der Konkursgläubiger gefunden werden. Ein Beweis der Benachteiligung wird vom Konkursverwalter nicht gefordert.

Eine Ausnahme vorstehenden Anfechtungsrechts ist bezüglich Wechselzahlungen in § 34 K.O. gegeben.

Da nämlich der Wechselinhaber zur Erlangung eines Welchselregresses in der Regel [1]) eines Wechselprotestes bedarf, und dieser nur erhoben werden kann, wenn Zahlung nicht erfolgte, so würde der Wechselinhaber, der von der Zahlungseinstellung bezw. von dem Eröffnungsantrag Kenntnis hat und deshalb die Zahlung nicht annehmen durfte, seinen Regressanspruch verlieren, da kein Protest wegen Nichtzahlung erhoben werden könnte.

---

[1]) Eines Wechselprotestes bedarf es nicht, wenn der Protest erlassen ist.

Hier hat die K.O. eingreifen müssen, indem sie die Ausnahme von § 34 No. 1 K.O. statuirte; danach können Wechselzahlungen des Gemeinschuldners von dem Empfänger auf Grund des § 30 No. 1 nicht zurückgefordert werden, wenn nach Wechselrecht der Empfänger bei Verlust des Wechselanspruchs gegen andere Wechselverpflichtete zur Annahme der Zahlung verbunden war.

Damit könnte nun ein Wechselinhaber, dem ein Regressrecht nicht zusteht, der also die vor Konkurseröffnung offerirte Zahlung des Gemeinschuldners nicht anfechtungsfrei annehmen könnte, dem durch die Konkurseröffnung drohenden Verlust entgehen, wenn er den Wechsel in Kenntnis der Zahlungseinstellung oder des Eröffnungsantrags noch begeben würde, da der nachfolgende Wechselinhaber bereits regressberechtigt und zur anfechtungsfreien Annahme der offerirten Zahlung verbunden wäre.

Um somit einen Missbrauch des § 34 No. 1 zu verhindern, wurde in § 34 II hinzugefügt, dass die gezahlte Wechselsumme von dem letzten Wechselregressschuldner oder, falls derselbe den Wechsel für Rechnung eines Dritten begeben hatte, von diesem erstattet werden muss, wenn dem letzten Wechselregressschuldner oder dem Dritten zur Zeit, als er den Wechsel begab oder begeben liess, einer der in § 30 No. 1 erwähnten Umstände bekannt war.

Die §§ 33, 39 und 41 K.O. finden entsprechende Anwendung.

k) Einwirkung des Konkurses auf den Gemeinschulder.

1. als Ehemann.

Das B.G.B: lässt in § 1419 die Verwaltung und Nutzniessung des Ehemann an dem von dessen Konkurs ausgeschlossenem eingebrachten Gute der Frau

endigen, sobald der über das Vermögen des Mannes erlassene Eröffnungsbeschluss rechtskräftig geworden ist; zugleich tritt Gütertrennung nach § 1426 B.G.B. ein. Durch Beendigung des Konkurses wird daran nichts mehr geändert. (s. § 1425, 1432 B.G.B.). Das Gleiche gilt von der Errungenschaft. (s. § 1543 B.G.B).

Durch die Eröffnung des Konkurses wird die allgemeine Gütergemeinschaft und die Fahrnisgemeinschaft nicht beendigt, es bedarf hiezu einer Klage auf Aufhebung der Gemeinschaft in Gemässheit der §§ 1468 No. 5, 1549 B.G.B.

2. als Vater.

In § 1647 entzieht das B.G.B. dem in Konkurs geratenen Vater die Verwaltung des Vermögens des Kindes mit dem Moment der Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses. Das Gleiche gilt von der die Verwaltung ausübenden in Konkurs geratenen Mutter. (§ 1686 B.G.B.)

Nach Aufhebung des Konkurses können Vater, bezw. Mutter wieder in die Verwaltung vom Vormundschaftsgericht eingesetzt werden. (§§ 1697^{II} 1686 B.G.B.)

3. als rücknahmeberechtigter Schuldner.

Das Recht der Zurücknahme der gem. §§ 372—375 B.G.B. für den Gläubiger hinterlegten Sache kann der Schuldner, solange er Gemeinschuldner ist, nicht ausüben. (§ 377^{II} B.G.B.).

4. als Vormund.

Der Gemeinschuldner kann nicht zum Vormund oder Gegenvormund, nicht zum Mitglied des Familienrats und nicht als Pfleger bestellt werden. Ist aber trotzdem eine Bestellung erfolgt, so bleibt sie giltig (§§ 1781 No. 3, 1792^{IV}, 1866 No. 2, 1915 B.G.B.). War der Gemeinschuldner bereits bei Konkurseröffnung Vormund, Gegenvormund, Mitglied des Familienrats oder Pfleger, so hat das Vormundschaftsgericht den

Gemeinschuldner seines Amtes zu entlassen; durch die Konkurseröffnung selbst tritt die Beendigung des Amtes nicht ein. (§§ 1886, 1895, 1878, 1915 B.G.B.)

5. in öffentlich rechtlicher Beziehung.

Die teils in Reichsgesetzen, teils in Landesgesetzen enthaltenen öffentlich rechtlichen Beschränkungen des Gemeinschuldner berührt die Konkursordnung nicht. Als reichsrechtliche Beschränkungen für die Dauer des Konkurses kommen in Betracht:

a) Der Gemeinschuldner entbehrt das Wahlrecht zum Reichstag, aktiv und passiv (Wahlgesetz vom 31. Mai 1869).

b) Er ist von der Ausübung der Stimm- und Ehrenrechte in einer Innung, sowie vom Neueintritt in eine solche ausgeschlossen. (§ 93a, 94b, 95a^{II}, 100c, 103b, 103i^{VI} Gew.O. in der Fassung v. 26. Juli 1897).

c) Er kann nicht Schöffe, Geschworener, Handelsrichter (G.V.G. § 32 No. 3, 85^{II}, 113^{II}), nicht Beisitzer eines Seeamtes (R.G. betr. Seeunfälle 27. Juli 1877 § 10), nicht Rechtsanwalt (Rechtsanwaltsordng. §§ 5 No. 3, 43 No. 1, 22), Vorstandsmitglied, Vertrauensmann, Arbeitervertreter, Schiedsgerichtsbeisitzer einer Berufsgenossenschaft (Unfallversicherungsgesetze), nicht Vertreter der Arbeitgeber und Versicherten bei einer Invalidenversicherungsanstalt, nicht Beisitzer des Schiedsgerichts einer solchen Anstalt (Invaliditäts- und Altersversicherungsgesetz $\frac{\text{22. Juni 1889}}{\text{19. Juli 1899}}$ §§ 88, 104^{V} sein.

d) Er ist zum Besuch der Börse nicht zugelassen § 7 des Börsenges. v. 22. Juni 1896.

6. in strafrechtlicher Beziehung.

Das Reichsstrafgesetzbuch hatte in den §§ 281—283 Strafbestimmungen getroffen gegen rechtswidrige

Handlungen, welche von Kaufleuten, die ihre Zahlungen eingestellt haben, oder im Interesse von solchen zum Nachteil ihrer Gläubiger begangen sind und in § 2^{III} E.G. z. St.G.B. bis zum Erlasse eines Reichsgesetzes über den Konkurs auf die konkursrechtlichen Strafbestimmungen der Landesgesetze verwiesen, insoweit letztere sich auf Handlungen beziehen, über welche das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nichts bestimmt. Mit Erlass der Konkursordnung wurden die in den Landesgesetzen rücksichtlich des Konkurses enthaltenen Strafvorschriften, sowie die Vorschriften der §§ 281—283 des Strafgesetzbuches aufgehoben. (E.G. z. K.O. §§ 4^{II}, § 3^{II} No. 3).

An die Stelle der aufgehobenen Paragraphen des Strafgesetzbuches treten die Strafbestimmungen der Konkursordnung §§ 239 und 244; die den Konkurs betreffenden Vorschriften der Reichsgesetze wurden aufrecht erhalten (E.G. z. K.O. § 3^{I}), und sohin haben die diesbezüglichen reichsgesetzlichen Strafandrohungen für Konkursvergehen ihre Geltung behalten, so § 315^{I} No. 2 H.G.B., § 148^{I} No. 2 Genossenschaftsgesetz §§ 83, 84 G. betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

Wenn auch die Strafbestimmungen aus dem Strafgesetzbuch in die Konkursordnung herübergenommen worden sind, so müssen doch die allgemeinen Vorschriften des Strafgesetzbuchs §§ 1—79 entsprechende Anwendung finden. [1])

Die in die Konkursordnung aufgenommenen Strafbestimmungen liegen auf einem andern Rechtsgebiet als die Materie des Konkursrechts und sollen deshalb hier nur kurze Erwähnung finden.

a) Betrüglicher Bankerutt wird bestraft nach § 239 K.O.

---

[1]) R. G. in Strafsachen II 440, III 351, IV 1, V 276, 435.

Ein solcher liegt vor bei Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung des Schuldners, der in der Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, Vermögensstücke verheimlicht, bei Seite schafft, ganz oder teilweise erdichtete Rechtsgeschäfte oder Schulden anerkennt oder aufstellt, Handelsbücher, deren Führung ihm gesetzlich oblag, nicht geführt, bezw. vernichtet, verheimlicht oder so geführt oder verändert hat, dass dieselben keine Uebersicht des Vermögenszustandes gewähren.

b) Einfacher Bankerutt wird bestraft nach § 240 K.O.

Die fraudulose Absicht wird hier nicht verlangt aber Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung muss vorliegen. Der Schuldner muss übermässige Summen durch Aufwand, Spiel oder — durch die Novelle vom 17. Mai 1898 eingefügt — Wette oder durch Differenzhandel mit Waaren oder Börsenpapieren verbraucht haben oder schuldig geworden sein, oder er muss — wie die Novelle vom 17. Mai 1898 eingefügt hat — behufs Hinausschieben des Konkursausbruchs Waaren oder Wertpapiere auf Credit entnommen und erheblich unter dem Werte in einer den Anforderungen einer ordnungsmässigen Wirtschaft widersprechenden Weise veräussert oder sonst weggegeben haben, oder er muss Handelsbücher, deren Führung ihm gesetzlich oblag nicht geführt, bezw. vernichtet, verheimlicht, oder so unordentlich geführt haben, dass sie keine Uebersicht des Vermögenszustandes gewähren, oder er muss gegen die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches es unterlassen haben, die Bilanz seines Vermögens innerhalb der vorgeschriebenen Zeit zu ziehen.

c) Gewährt ein Schuldner, welcher seine Zahlungen eingestellt hat, oder der in Konkurs geraten ist, trotz Kenntnis seiner Zahlungsunfähigkeit, einem Gläubiger, um ihn vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen, eine Sicherung oder Befriedigung, welche derselbe nicht, oder noch nicht, oder nicht in der Art zu beanspruchen hatte, als er sie erhielt, so verfällt er in die Straffolgen des § 241 K.O.

d) Dass die Strafvorschriften der §§ 239—241 gegen die Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft und gegen die Liquidatoren einer Handelsgesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft, welche ihre Zahlungen eingestellt hat, oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, Anwendung finden, wenn sie in dieser Eigenschaft die mit Strafe bedrohten Handlungen begangen haben § 244 K.O., ist bereits früher betont worden.

I. Rechte des Gemeinschuldners.

Die Rechte des Gemeinschuldners sind dadurch, dass ihm die Befugnis entzogen ist, sein zur Kokursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und darüber zu verfügen, wesentlich geschmälert und beziehen sich die ihm durch die Konkursordnung belassenen Rechte zum Teil nur auf das Verfahren. Die dem Gemeinschuldner eingeräumten Rechte sind zum Schutz seiner Interessen gegeben, nachdem er Eigentümer der Konkursmasse bleibt und die Gestaltung der Masse, so wie sie während des Konkurses geworden ist, sich auch nach Konkursbeendigung — wenn er die Masse, soweit sie noch vorhanden ist, wieder erhält — gefallen lassen muss. Als Rechte des Gemeinschuldners sind zu nennen:

1. Einwirkung des Gemeinschuldners auf Eröffnung und Beendigung des Konkursverfahrens.

a) Der Schuldner kann, um den Einzelexecutionen der Gläubiger durch Eröffnung des Konkursverfahrens zu entgehen, den Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens stellen § 103 II K.O. — Hat sodann das Gericht, diesem Antrag stattgegeben, dann ist der Schuldner zum Gemeinschuldner geworden und damit hinsichtlich seines zur Konkursmasse gehörigen Vermögens geschützt gegen die Einzelexecutionen seiner Gläubiger. (§ 15 K.O.)

Mit dem Antrag hat der Gemeinschuldner ein Verzeichnis der Gläubiger und Schuldner, sowie eine Uebersicht der derzeitigen Vermögensmasse einzureichen, bezw. ohne Verzug nachzuliefern. (§ 104 K.O.)

b) Der Gemeinschuldner muss gehört werden, wenn ein Gläubiger den Eröffnungsantrag stellt und öffentliche Zustellung oder Zustellung im Ausland nicht erforderlich ist, in welchem Fall, soweit tunlich, ein Vertreter oder Angehöriger des Schuldners zu hören ist (§ 105 II u. III K.O.). Räumt der Gemeinschuldner die Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungseinstellung nicht ein, dann hat das Gericht die erforderlichen Ermittlungen anzustellen; insoweit hat der Gemeinschuldner Einfluss auf die Konkurseröffnung auch dann, wenn der Antrag von einem Gläubiger ausgeht.

c) Sein Einfluss auf die Eröffnung des Verfahrens zeigt sich ferner in seinem Recht, gegen den Eröffnungsbeschluss, sowie gegen den seinem Eröffnungsantrag abweisenden Beschluss die sofortige Beschwerde zu erheben. (§ 577 C.P.O.)

Beschwerde wegen falscher Zeitangabe im Beschluss oder wegen Mangel der Zeitangabe im Beschluss hat nur der Gemeinschuldner (§ 109 K.O.). Die Beschwerde richtet sich gegen den Beschluss. Beschwerde hat der Gemeinschuldner auch dann, wenn er selbst den Antrag auf Konkurseröffnung gestellt hat; denn es lässt sich recht wohl der Fall denken, dass der Gemeinschuldner durch unvorhergesehene Umstände zu Geld kommt, wodurch die Voraussetzungen für seinen Antrag auf Konkurseröffnung wegfallen, weshalb er den Eröffnungsantrag wieder zurückziehen will. In demselben Moment, wo er seinen Entschluss, den Eröffnungsantrag zurückzunehmen, ausführen will, erhält er die Zustellung des Eröffnungsbeschlusses. Warum soll er denn entgegen den gesetzlichen Bestimmungen des § 109 K.O. welche ohne Einschränkung das Beschwerderecht dem Gemeinschuldner zugebilligt haben, sich nicht beschweren können, weil er den Antrag — damals bei anderer Sachlage — gestellt hat? Von verschiedenen Kommentatoren der Konkursordnung wird die Beschwerde dem Gemeinschuldner, der den Eröffnungsantrag gestellt hat, nur dann zugestanden, wenn der Antrag tatsächlich „nicht von ihm“ oder „von einem nicht legitimirten Vertreter“ gestellt, oder sein Antrag vor der Konkurseröffnung, welche auf gläubiger'schen Antrag erfolgte, zurückgezogen war.[1]) Warum die Bestimmung des § 109 in dieser Weise eingeschränkt werden soll, lässt sich aus dem Gesetze nicht begründen.

In vorliegendem Fall, wo er sich nicht wegen der Konkurseröffnung, sondern wegen der falschen Zeitangabe etc. beschwert, will er nicht einmal die

[1]) So Wilmowsk S. 323, Willenbücher S. 156, Petersen und Kleinfellner S. 379, Völderndorf S. 211, Sarwey-Bossert S. 345. a. M. Oetker konkursrechtliche Fragen S. 22, Wolff S. 307 (wegen veränderter Umstände.).

Konkurseröffnung als solche, sondern lediglich die Zeit der Eröffnung anfechten; dazu muss er ebenso berechtigt sein, wie zur Anfechtung des Beschlusses wegen der Eröffnung als solche.

Eine Unterscheidung zwischen der Beschwerde des Gemeinschuldners, welche sich gegen die Konkurseröffnung richtet und einer solchen, welche sich lediglich gegen die falsche oder ausgelassene Zeitangabe richtet, ist bislang nicht gemacht worden, obwohl dies vollständig getrennte Gesichtspunkte sind. Es haben sich infolgedessen verschiedene Widersprüche herausgebildet.

I. So sagt Wilmowski S. 322, dass „gegen die Fiction des Abs. 2 ein Gegenbeweis nicht zulässig ist, gem. Motive S. 332". Nur dem Gemeinschuldner stünde, wie gegen den Beschluss selbst, so auch gegen das Versäumen der richtigen Zeitangabe darin die sofortige Beschwerde zu gem. § 101 (jetzt § 109), solange als der Beschluss nicht rechtskräftig geworden ist. [1])

II. Was die Angabe im Beschluss hinsichtlich der Eröffnungszeit betrifft, so wird nach Wilmowski S. 322 f., hier wegen unrichtiger Angabe mit Rücksicht auf die Eigenschaft der Beurkundung, welche ja ohne Zweifel zugestanden werden muss (Motive S. 332), gem. § 383 (jetzt § 418) C.P.O., die Beschwerde zugestanden. [2])

III. Wegen falscher Zeitangabe oder wegen Mangel der Zeitangabe lässt Völderndorff, der Beurkundung annimmt Bd. II 209, keine Beschwerde zu, er verweist nur auf eine Disciplinarbeschwerde gegen den betr. Richter. Hier unterscheidet er zwischen Beschwerde wegen falscher Zeitangabe oder Mangel

---

[1]) Ebenso Willenbücher S. 155, Petersen und Kleinfeller S. 373.

[2]) So Willenbücher S. 155. Petersen und KleinfellnerS. 373

derselben, sowie wegen Beschwerde gegen die Eröffnung selbst, denn diese gesteht er ja dem Gemeinschuldner, wenn auch eingeschränkt, zu.

IV. Beschwerde lässt gleichfalls nicht zu Endemann S. 91, der (entgegen den Motiven und der preussischen Konkursordnung 1855 §§ 124, 330) die Annahme einer Beurkundung ablehnt und behauptet, dass es sich hier nur um eine richterliche Festsetzung und Entscheidung handelt. Auch Oetker Konkursrechtliche Fragen S. 29 lässt Beschwerde nicht zu. Aus welchen Gründen diese, wenigstens dem Gemeinschuldner nicht zugestanden wird, ist nicht ausgeführt, was befremdet, da an derselben Stelle die sofortige Beschwerde des Gemeinschuldners gegen den Eröffnungsbeschluss zugestanden wird.

V. Wolff S. 306, der auf dem Standpunkt der Beurkundung steht, lässt eine Beschwerde gegen die Fiktion überhaupt nicht zu (obwohl doch in § 109 die Beschwerde dem Gemeinschuldner zugestanden wird), er lässt auch eine Beschwerde wegen unrichtiger Zeitangabe nicht zu, weil es eine Beschwerde gegen eine Beurkundung nicht gäbe, er lässt jedoch einen Gegenbeweis gem. § 415 C.P.O. zu, die unrichtige Beurkundung muss gegen denjenigen, welcher sich darauf beruft, im Beweisverfahren im Rechtsstreit widerlegt werden. Ebenso Cosack in Goldschmidts Z. XXXVII 564. Das ist aber gewiss nicht haltbar, denn dann würden, wie Petersen und Kleinfeller sagen, in dem einen Prozess der eine Zeitpunkt und in einem anderen Prozess der andere Zeitpunkt angenommen werden. Ausserdem erachten Petersen und Kleinfeller einen solchen Gegenbeweis gem. § 382 (jetzt § 417 C.P.O.) für unzulässig.

Ich erachte die Ansicht Wolffs aber auch deshalb für unrichtig, weil dann der Fall eintritt, dass für das Konkursgericht, welches alle seine Entscheid-

ungen auf die im Eröffnungsbeschluss angegebene Zeit einheitlich fundiren muss, ein anderer Eröffnungstermin gilt, als für das Prozessgericht; aus der Verschiedenheit der Zeitpunkte würde folgen, dass für solche Gläubiger, welche im Rechtsstreit einen vom Konkurseröffnungstermin abweichenden Termin mit Erfolg behauptet haben, einen anderen Eröffnungstermin hätten, als solche, welche sich nicht beschwert haben, für welche also der im Eröffnungsbeschluss angegebene Zeitpunkt massgebend wäre. Es würden also die Geschäfte des einen Gläubiger in die Masse gezogen, die des andern nicht.

Es wird ja auch nicht die „Beurkundung" angegriffen, sondern der Beschluss, wobei Abänderung der Beurkundung verlangt wird.

Sobald der Beschluss die Rechtskraft beschritten hat, ist auch die Bezeichnung der Eröffnungsstunde unbedingt entscheidend.

Ist die Beschwerdefrist schon verstrichen, dann kann auch vom Gemeinschuldner eine Abänderung der unrichtigen Zeitangabe nicht mehr erwirkt werden, und bei Mangel einer Zeitangabe gilt eben gem. Abs. II die Mittagsstunde des Beschlussdatums, auch dann, wenn dieses Datum falsch ist.

Dritten Personen ist eine Beschwerde gegen den Eröffnungsbeschluss als solchen und damit auch wegen falscher Zeitangabe etc. vom Gesetze nicht eingeräumt. Dass diesen eine formelle Beschwerde wegen falscher oder mangelnder Zeitangabe nicht zusteht, ist ein Mangel des Gesetzes. Was soll nun ein Gläubiger tun, der in irgend einer Weise erfahren, dass der Amtsrichter den Eröffnungsbeschluss z. B. am 3. März 1901 Vormittags 10 Uhr unter gleichzeitiger Angabe dieser Eröffnungsstunde unterzeichnet hat, und der hierauf bauend Nachmittags 6 Uhr des gleichen Tags mit dem Gemeinschuldner einen Vertrag geschlossen hat; dieser fällt dann nicht mehr in die Masse.

Der Amtsrichter ändert jedoch am nächsten Tage „unberechtigt“ den Eröffnungsbeschluss ab, indem er nun als Eröffnungsdatum den 4. März vormittags 9 Uhr einsetzt. Hiemit käme das tatsächlich nach der Konkurseröffnung geschlossene Geschäft in die Masse. Vom Gemeinschuldner wird nun Beschwerde nicht eingelegt, der Gläubiger kann sie nicht einlegen und so wird der Beschluss rechtskräftig. Dem Gläubiger erwächst ein unabwendbarer Schaden. Was soll er tun, um den Schaden abzuwenden?

Sowohl in diesem Fall, wo der Gläubiger keine Beschwerde und der Gemeinschuldner sie wegen Eintritt der Rechtskraft nicht mehr hat, kann vor allem mittels Beschwerde gegen den Amtsrichter die Disciplinirung desselben veranlasst werden.

Bezüglich des materiellen Schadens kann der Geschädigte mit seinem Schadenersatzanspruch sich an den Amtsrichter gem. art. 839 ff. B.G.B. wenden, der Gemeinschuldner nur dann, wenn ohne sein Verschulden eine Rechtskraft des Beschlusses eingetreten ist, ohne dass er Beschwerde hiegegen eingelegt hatte.

d) aa) Der Gemeinschuldner ist berechtigt, die Einstellung des Konkursverfahrens zu beantragen, wenn er nach Ablauf der Anmeldefrist die Zustimmung aller Konkursgläubiger, welche Forderungen angemeldet haben, beibringt. Hier ist zu unterscheiden zwischen festgestellten und nicht festgestellten angemeldeten Fordungen. (§ 202 [1] Satz 1 K.O.)

Es bedarf der Zustimmung aller festgestellten Forderungen, eine Sicherstellung einer solchen festgestellten Forderung kann die Zustimmung nicht ersetzten. Ob der Gemeinschuldner gegen Feststellung Widerspruch erhoben hat, oder nicht, ist für das Konkursverfahren ohne Belang. Bezüglich der nicht festgestellten Forderungen hat das Konkursgericht nach freiem Ermessen zu entscheiden, ob es die Zu-

stimmung oder die Sicherstellung der betreffenden Gläubiger für notwendig hält. Unberücksichtigt lassen, vielleicht deswegen weil das Konkursgericht überzeugt ist, dass die Forderung unbegründet ist, darf es die Forderungen nicht, da § 202 I Satz 2 K.O. dem Gericht nur die Wahl lässt zwischen „Zustimmung" oder „Sicherstellung", a. M. Sarwey-Bossert S. 479.

Hat der Gemeinschuldner den Forderungen des § 202 I K.O. Genüge geleistet, dann ist der Antrag öffentlich bekannt zu machen, und jeder Gläubiger, welcher bis zum Ablaufe der Anmeldefrist eine Forderung angemeldet hat, kann dem Antrag widersprechen. Ergibt sich, dass der Gemeinschuldner einwandfrei die gesetzlichen Vorschriften des § 202 I K.O. erfüllt hat, so ist das Verfahren einzustellen. Das Konkursgericht muss also nach Anhörung des Gemeinschuldner und des Verwalters die Einstellung beschliessen.

bb) Wird vom Gemeinschuldner der Antrag mit den Zustimmungserklärungen der Gläubiger vor dem Ablaufe der Anmeldefrist eingebracht, so kann das Verfahren eingestellt werden, wenn andere Gläubiger nicht bekannt sind (§ 202 II K.O.)

Es kommt hier nicht auf die Anmeldungen an; auch für nicht angemeldete Forderungen muss eine Zustimmungserklärung beigebracht werden; fehlt die Zustimmungserklärung eines einzigen Gläubigers und wäre es auch ein solcher, der sich im Konkursverfahren nicht beteiligen wollte, so kann eine Einstellung nicht erfolgen. Das Gericht kann die Kenntnis von dem Vorhandensein der Gläubiger in jeder Beziehung erlangen, meistens wird es sich an das Gläubigerverzeichnis des § 104 KO., sowie an die Angaben des Gemeinschuldners und Verwalters, welcher seine Kenntniss aus den Geschäftsbüchern und aus der Korrespondenz zieht, halten.

Dieser Antrag unterliegt dem Widerspruchsrecht der Konkursgläubiger, sowie dem weiteren Verfahren nach § 203 K.O.

Eine Sicherstellung der Forderung eines Gläubigers ersetzt nicht seine Zustimmung. Eine Zustimmung eines Gläubigers, dessen Forderung schon befriedigt ist, bedarf es nicht.

e) Der Gemeinschuldner hat das Recht auf Vorschlag eines Zwangsvergleichs.

Der Gemeinschuldner ist berechtigt, einen Zwangsvergleichsvorschlag bei Gericht schriftlich oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers [1]) jederzeit, jedoch vor Genehmigung der Vornahme der Schlussverteilung einzubringen; der Abschluss desselben ist daran gebunden, dass bereits der allgemeine Prüfungstermin abgehalten und die Vornahme der Schlussverteilung noch nicht genehmigt worden ist § 173 K.O. Der Gemeinschuldner kann beantragen, dass der Vergleichstermin mit dem allemgeinen Prüfungstermin verbunden wird, ohne dass das Gericht diesen Antrag nachzukommen braucht. (§ 180 K.O.)

Der Vergleich muss allen nicht bevorrechtigten Konkursgläubigern gleiche Rechte gewähren, es sei denn, dass die zurückgesetzten Gläubiger mit der Bevorzugung der anderen ausdrücklich einverstanden sind; jedes dem zuwiderlaufende Abkommen des Gemeinschuldners oder anderer Personen mit einzelnen Gläubigern ist nichtig. (§ 181 K.O.)

Der Vergleichsvorschlag selbst muss eine Angabe darüber enthalten, in welcher Weise die Befriedigung der (nicht bevorrechtigten Konkurs-) Gläubiger erfolgen, sowie ob und in welcher Art eine Sicherstellung derselben bewirkt werden soll. (§ 174 K.O.)

Solange der Zwangsvergleich von den Konkursgläubigern nicht angenommen ist, kann der Gemein-

[1]) §§ 178, 72 K.O. 496, 501, 503 C. P. O.

schuldner diesen wieder zurückziehen. [1]) Dem Gemeinschuldner ist eine Mitwirkung in dem Verfahren über Annahme und Bestätigung des Zwangsvergleichs eingeräumt; er kann am Vergleichstermin, zu dem er besonders zu laden ist (§ 179 K.O.) teilnehmen, bezw. muss teilnehmen, wenn das Gericht es verlangt (§§ 100, 101 K.O.). Ist letzterer Fall nicht gegeben, dann kann der Gemeinschuldner sich auch vertreten lassen, anwesend muss aber der Gemeinschuldner bezw. sein Vertreter sein, da der Zwangsvergleich von der gemeinschuldnerischen Seite zu begründen ist. [2]) (Motive Hahn S. 367.)

Gem. § 182 K.O. sind zur Annahme des Zwangsvergleichs zwei Mehrheiten erforderlich, die Mehrheit der anwesenden Gläubiger und die Dreiviertelmehrheit der stimmberechtigten Konkursansprüche. Ist nun nur eine der beiden Mehrheiten erreicht, so ist der Gemeinschuldner bis zum Schlusse des Termins zu dem unabweisbaren Antrag berechtigt, dass die Abstimmung in einem neuen Termine noch einmal wiederholt werden soll (§ 182 II K.O.). Diese wiederholte Abstimmung ist eine neue Abstimmung, so dass die Konkursgläubiger an ihre frühere Abstimmung nicht gebunden sind und der Gemeinschuldner sich nicht darauf berufen kann.

Eine besondere Bestimmung hat § 183 K.O. getroffen mit Rücksicht auf den Ehegatten des Gemein-

---

[1]) So die Ansicht derjenigen, welche annehmen, dass der Zwangsvergleich ein Vertrag ist; diejenigen, welche den Zwangsvergleich als ein gerichtliches Urteil betrachten, lassen die Zurücknahme des Vergleichsvorschlags bis zur gerichtlichen Bestätigung des von den Konkursgläubigern angenommenen Vergleichs zu. s. Sarwey-Bossert S. 447.

[2]) Dies die herrschende Meinung; Seuffert S. 420 sieht sich zur Annahme dieser Ansicht nicht nur durch die Motive veranlasst, sondern insbesondere auch aus den Gründen der Mündlichkeit des Vergleichsverfahrens, wonach der Vorschlag reproduziert werden muss; die Anwesenheit des Gemeinschuldners bezw. seines Vertreters verlangen nicht Endemann S. 597, Wolff S. 391, Sarwey-Bossert S. 449.

schuldners, welcher — wenn Konkursgläubiger — bei der Abstimmung in der Regel weniger vom Interesse der eignen Forderung als von dem überwiegenden Interesse des Gemeinschuldners sich leiten lassen dürfte. Um diesem entgegenzutreten, lässt § 183 die Zustimmung des Ehegatten zum Vergleich bei der Berechnung der Mehrheiten ausser Betracht; um eine Umgehung dieser Bestimmung zu vermeiden, ist diese ausgedehnt auf die Cessionare eines Ehegatten, wenn die Cession einer stimmberechtigten Forderung desselben während des Konkursverfahrens oder im letzten Jahre vor der Konkurseröffnung erfolgte. Diese Beschränkung fällt jedoch dann hinweg, wenn der Ehegatte zur Cession durch Gesetz oder durch einen ein Jahr vor Konkurseröffnung geschlossenen Vertrag verpflichtet war.

Fühlt sich der Gemeinschuldner durch die Bestätigung oder Verwerfung des Vergleichs (§§ 186, 187, 188 K.O.), durch die Zurückweisung des Vergleichsvorschlags (§§ 176, auch §§ 174, 175 K.O.) oder des ordnungsgemäss eingebrachten Antrags auf einmalige Wiederholung der Abstimmung (§ 182 II KO.) irgendwie beschwert, so kann er die sofortige Beschwerde ergreifen (§ 189, 73 III K.O.).

Der rechtskräftig bestätigte Zwangsvergleich zieht die Aufhebung des Konkursverfahrens nach sich, womit auch die dem Gemeinschuldner für die Dauer des Konkurses entzogene Dispositionsbefugnis über sein die Konkurmasse bildendes Vermögen ihm wieder überlassen wird, soweit der Zwangsvergleich nichts Anderes bestimmt (§ 192 K.O.). Es ist also diese Vorschrift nur subsidiär mangels einer Bestimmung im Vergleich anzuwenden.

2. Der Gemeinschuldner ist zu dem Antrag auf Aufhebung oder Beschränkung der sog. Postsperre berechtigt (§ 121 II K.O.), er kann ferner die Zuzieh-

ung bei Aufzeichnung und Schätzung der Masse verlangen („er ist zuzuziehen, wenn er ohne Aufschub zu erlangen ist" § 123 II K.O.)

3. Der Gemeinschuldner ist weiter berechtigt, angemeldete Forderungen zu bestreiten, jedoch nicht mit Wirkung für den Konkurs, sondern für die Zeit nach Beendigung des Konkurses (§§ 141, 144 K.O.)

4. Ferner hat der Gemeinschuldner das Recht:

a) Einwendungen gegen die Schlussrechnung des Verwalters zu erheben (§ 86 K.O.)

b) In den Fällen der §§ 133, 134 K.O. vor der Beschlussfassung, bezw. in den Fällen des § 133 K.O. vor der Vornahme der Rechtshandlung Mitteilung von der beabsichtigten Massregel zu verlangen, wenn er ohne Aufschub zu erlangen ist. Liegt eine Genehmigung der Gläubigerversammlung bezüglich der beabsichtigten Massregel nicht vor, so ist der Gemeinschuldner zu dem Antrage berechtigt, die Vornahme der Rechtshandlung vorläufig zu untersagen. Das Gericht kann (muss jedoch nicht) dem Antrag nachkommen und zur Beschlussfassung über die Vornahme eine Gläubigerversammlung berufen (§ 135 K.O.)

c) Benachrichtigung von der beabsichtigten Schliessung seines Geschäfts vor Beschlussfassung durch den Gläubigerausschuss oder, wenn ein solcher nicht bestellt ist, vor der Schliessung zu verlangen, wenn er ohne Aufschub zu erlangen ist. Hat der Gemeinschuldner einen Zwangsvergleichsvorschlag eingereicht, so ist er zu dem Antrag auf Untersagung der Schliessung berechtigt, das Gericht jedoch nicht daran gebunden (§ 130 K.O., Motive z. G. betr. Aenderungen der Konkursordnung, Hahn S. 58.)

d) Die Aussetzung einer Abschlagsverteilung zu beantragen, wenn er einen Zwangsvergleich vorgeschlagen hat; das Gericht kann dem Antrag stattgeben, sofern nicht schon die Ausschlussfrist abgelaufen ist. (§ 160 K.O.)

e) Die sofortige Beschwerde in allen Fällen zu ergreifen, in denen seine beim Konkursgericht gestellten Anträge zurückgewiesen worden sind, sofern die Konkursordnung nicht ein Anderes bestimmt. (§ 73 K.O.)

m. Pflichten des Gemeinschuldners.

Im Interesse der Unterstützung der Konkursverwaltung und der Feststellung der Konkursmasse im weiteren Sinn (Forderungen und Schulden des Gemeinschuldners) wurden von der Konkursordnung dem Gemeinschuldner Pflichten auferlegt, welche diesem Zwecke dienen.

1. Pflicht zur Auskunftserteilung.

Eine der vornehmsten Pflichten des Gemeinschuldners enthalten § 100 K.O., wonach „der Gemeinschuldner dem Verwalter, dem Gläubigerausschuss und auf Anordnung des Gerichts der Gläubigerversammmlung über alle das Verfahren betreffenden Verhältnisse Auskunft zu geben hat", und § 75 K.O. wonach er zur gleichen Pflicht dem Konkursgericht gegenüber angehalten ist.

Die Auskunftspflicht hat ihren Grund darin, dass das ganze der Exekution unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners zur Befriedigung der Oläubiger dienen soll, und dass sich dies nur dann erreichen lässt, wenn der Gemeinschuldner dem Gerichte und den Verwaltungsorganen alles dasjenige an die Hand gebe, was zur Ermittlung und Herbeischaffung des Vermögens und zur Abwehr der gegen dasselbe gerichteten Ansprüche dienlich sein kann. (Motive

Hahn S. 290.) Der Gläubigerversammlung gegenüber besteht die Auskunftspflicht nur, wenn das Gericht die Anordnung dazu gibt.

Dass hier die Auskunftserteilung von gerichtlicher Anordnung abhängig gemacht wurde, liegt in Zweckmässigkeitsgründen „zur Niederhaltung leidenschaftlicher Ausbrüche“ der Gläubiger (Motive a. a. O.) begründet. Gegen die Anordnung hat der Gemeinschuldner das Recht der sofortigen Beschwerde (§ 73 III). Nur dem Gläubigerausschuss bezw. der Gläubigerversammlung oder einem von diesen bestellten Bevollmächtigten braucht der Gemeinschuldner Auskunft erteilen, nicht jedoch einem einzelnen Ausschussmitglied oder Konkursgläubiger.

Es darf die Auskunftspflicht auch nicht so aufgefasst werden, als ob der Gemeinschuldner erst abzuwarten habe, bis er gefragt wird, sondern er hat ungefragt nach Eröffnung des Verfahrens seiner Auskunftspflicht zu genügen; dies findet jedoch auf seine Auskunftspfficht gegenüber der Gläubigerversammlung nicht Anwendung, da er hier nur auf Anordnung des Gerichts Auskunft zu erteilen hat.

Die Auskunftspflicht trifft nur den Gemeinschuldner, nicht seine Angehörigen, von welchen aber als Zeugen gem. § 75 K.O. vom Gericht Auskunft verlangt werden kann.

Die Auskunft selbst kann sich auf alle das Verfahren betreffenden Verhältnisse beziehen, der Gemeinschuldner ist also nicht nur bezüglich der Aktiv- und Passivmasse, insbesondere bezüglich der angemeldeten Konkursforderungen (§ 181 II K.O.) hiezu verpflichtet, sondern auch rücksichtlich der Aus- und Absonderungsrechte, Masseschulden, des Anfechtungsrechts, des konkursfreien Vermögens, bezüglich des

letzteren behufs Feststellung, ob die Konkursfreiheit berechtigt ist, ob Alimentation zu bewilligen ist. [1])

Die Auskunft kann schriftlich, mündlich, oder durch Vorlage von Urkunden erteilt werden; kann der Gemeinschuldner eine richtige Auskunft — durch eine falsche verletzt er seine Auskunftspflicht — ohne Aufwand von persönlicher Dienstleistung oder von eigenen Mitteln nicht erteilen, so kann er hiezu nicht angehalten werden. [2])

2. Wohnungszwang des Gemeinschuldners.

Eine Folge der Auskunftspflicht liegt in dem Wohnnngszwang des Gemeinschuldners.

Nur mit Erlaubnis des Gerichts darf der Gemeinschuldner sich von seinem Wohnorte entfernen. (§ 101[1] K.O.)

Nicht dem Verwalter, sondern dem Gericht steht die Erteilung der Erlaubnis zu, jedoch wird das Gericht in der Regel die Begutachtung des Verwalters erst einholen. Eine Richtschnur für Ausübung dieses Rechtes haben dem Gericht die Motive (Hahn S. 290) gegeben, welches gleichmässig die Interessen der Masse und den Anspruch des Gemeinschuldners auf die Ausbeutung seiner Arbeitskräfte berücksichtigen und dem Letzteren die Freiheit der Bewegung nicht länger vorenthalten soll, als dies absolut notwendig erscheint.

Kurze Ausflüge sind im Begriff „Entfernung" nicht aufzunehmen. Ob das Gericht eine Entfernung auf längere oder kürzere Zeitdauer, bedingt oder unbedingt, beschränkt oder unbeschränkt zulässt, liegt allein im Ermessen des Gerichts.

Ausser dem Verwalter und dem Gläubigerausschuss, welchem gegenüber die unbeschränkte Auskunftspflicht besteht, ist auch der Gemeinschuldner

---

[1]) Petersen und Kleinfeller S. 353, Völderndorff II 152.

[2]) Willenbücher S. 167.

berechtigt, gegen die Erlaubnis, bezw. Verweigerung die sofortige Beschwerde (§ 73 III K.O.) zu erheben.

3. Pflicht des Gemeinschuldners zur Ableistung des Offenbarungseides.

Der Konkursverwalter ist verpflichtet, sofort nach Antritt seines Amtes ein Inventar und eine Bilanz anzufertigen (§ 124 K.O.). Sobald das Inventar festgestellt ist, so dass er es im Offenbarungseidstermin vorlegen kann, kann der Verwalter und jeder Konkursgläubiger — diese jedoch erst dann, wenn die Abschrift des Inventars auf der Gerichtsschreiberei niedergelegt ist, da ihnen vorher die Vorlage des Inventars im Offenbarungseidstermin nicht möglich wäre — den Gemeinschuldner in eine Sitzung des Amtsgerichts, bei welchem das Konkursverfahren anhängig ist, zur Leistung des Offenbarungseides laden. (§ 125 K.O.)

Der Zweck dieser Bestimmung liegt ebenso, wie der Wohnungszwang in der Auskunftspflicht des Gemeinschuldners. Es ist ein Hilfsmittel, um ihn zur Einhaltung seiner Pflicht, sein Vermögen vollständig anzugeben, anzuhalten. Die Ableistung des Offenbarungseides kann (muss also nicht) verlangt werden.

Neben dem Verwalter ist nur den Konkursgläubigern vorstehendes Recht eingeräumt, welche ihre Legitimation durch die Anmeldung und bei Bestreitung der angemeldeten Forderung durch den Gemeinschuldner durch die Feststellung im Prüfungstermin oder durch Anerkenntnis des Verwalters vor[1]) dem Prüfungstermin nachweisen.

Die Verpflichtung zur Ableistung des Offenbar-

---

[1]) So Wolff S. 324, Oetker konkursrechtl. Grundbegriffe I 519 gesteht den Konkursgläubigern das Recht erst nach Fesstellung ihrer Forderungen im Prüfungstermin zu, obwol die zeitliche Beschränkung des § 125 K.O. nur auf die Anfertigung des Inventars sich bezieht, ebenso Endemann S. 457. Siehe auch Jäger S. 506.

ungseides nach § 125 K.O. besteht nur so lange, als das Konkursverfahren nicht beendigt ist, da die Verpflichtung im Konkurszustand des Gemeinschuldners ihren Grund hat. Das Verfahren für Beantragung und Ableistung des Offenbarungseides hat die Konkursordnung nicht zu einem Teil des Konkursverfahrens gemacht, sondern dasselbe unter die gleichen Vorschriften gestellt, unter denen die sonstigen Verpflichtungen eines Schuldners zur Leistung des Eides nach der Civilprozessordnung bestehen. (Motive Hahn S. 313). Aus diesen Gründen wurde das Verfahren vor dasjenige Amtsgericht verwiesen, bei welchem das Konkursverfahren anhängig ist, dieses ist ausschliesslich zuständig. Es muss deshalb diesem die Legitimation des Verwalters, wie auch des Konkursgläubigsrs nachgewiesen werden. Bezüglich der Legitimation der Konkursgläubiger ist das Gericht immer an das Anerkenntnis des Verwalters vor dem Prüfungstermin und an das Ergebnis im Prüfungstermin bezw. an das rechtskräftige Urteil gebunden, welches im Prozess des Gläubigers, dessen Forderung im Prüfungstermin bestritten worden war, und der deshalb Klage auf Feststellung erhoben hatte, ergangen ist; denn nur dann ist er Konkursgläubiger, und nur als solcher kann er die Ableistung des Offenbarungseides verlangen. Das Vollstreckungsgericht hat also Beweis nicht über die Existenz der noch nicht festgestellten Eorderung des Gläubigers aufzunehmen, wie manche, so Wolff S. 324 annehmen, sondern der Beweis kann nur darauf gerichtet sein, ob die Forderung im Konkursverfahren angemeldet, vom Verwalter vor dem Prüfungstermin anerkannt, im Prüfungstermin oder im Feststellungsprozess festgestellt wurde.

Der Offenbarungseid ist gemäss den Bestimmungen der Civilprozessordnung (§§ 900—915) abzu-

nehmen, der Eid nach der Norm des § 807 C.P.O. zu leisten.

Verweigert der Gemeinschuldner die Ableistung des Offenbarungseides, oder erscheint er im Termin nicht, so ist auf Antrag durch das Gericht die Haft anzuordnen, wobei die Masse die Haftkosten des § 911 C.P.O. zu tragen hat, wenn der Verwalter den Antrag gestellt hat, nicht dagegen, wenn der Konkursgläubiger dies getan hat. Dieser kann sich nicht darauf berufen, dass wie bei der Haft des § 101 II K.O. auch hier die Masse die Haftkosten bezahlen muss, da das Verfahren auf Ableistung des Offenbarungseides ausserhalb des Konkursverfahrens erfolgt.[1])

4. Zwangsmassregeln gegen den Gemeinschuldner.

Die Zwangsmittel, welche dem Gericht gegen den Gemeinschuldner zustehen, sind bei den Pflichten desselben um deswillen zu erörtern, da dieselben nicht nur zur Sicherung der Masse, sondern auch wegen Pflichtverletzung des Gemeinschuldners gegeben sind.

Der § 101 II K.O. räumt dem Gericht das Recht ein, die zwangsweise Vorführung des Gemeinsehuldners und nach Anhörung desselben die Haft anzuordnen, wenn er die ihm von dem Gesetze auferlegten Pflichten nicht erfüllt, oder wenn es zur Sicherung der Masse notwendig erscheint. § 106 I K.O. lässt die zwangsweise Vorführung und die Haft des Schuldners zur Sicherung der Masse auch schon vor Konkurseröffnung zu.

Die Haft hat zweierlei Bedeutung. Sie ist Zwangs- oder Strafmittel, um den Gemeinschuldner zur Auskunftserteilung anzuhalten oder für unbefugte Dispositionen oder Behinderungen des Verwalters zu strafen, sie ist Sicherungshaft, wenn zu besorgen ist, dass der Gemeinschuldner Vermögensstücke verschleppen

---

[1]) Ebenso die Kommentare.

oder die Konstituirung und Verwaltung der Masse verhindern oder erschweren werde. (Motive Hahn S. 290). Nur wenn solche Gesichtspunkte vorliegen, kann das Gericht die Haft anordnen, jedoch erst, nachdem es den Gemeinschuldner gehört hat. Fühlt sich der Gemeinschuldner durch diese Anordnung beschwert, dann hat er das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde. (§ 73 III K.O.)

Die Anordnung der Haft erfolgt von Amtswegen, ein diesbezüglicher Antrag eines Beteiligten ist nicht relevant, es ergeht die Anordnung auch nicht auf Grund des Antrags. Daraus folgt, dass bei Nichtanordnung der Haft der Beteiligte auch nicht beschwert sein kann, somit einem solchen die sofortige Beschwerde des § 73 III K.O. nicht zusteht. [1])

Auf die Art und Weise der Haft, sowie deren Dauer finden (gem. § 72 K.O.) die allgemeinen Vorschriften der Civilprozessordnung Anwendung. (§§ 904—912). Die Haft hat nur Berechtigung für die Dauer des Konkursverfahrens, muss infolgedessen mit Beendigung des Konkurses aufgehoben, kann darüber hinaus also nicht ausgedehnt werden. Die Haftkosten sind Massekosten.

IV. Der Gemeinschuldner nach Beendigung des Konkursverfahrens.

Das Konkursverfahren kann beendigt werden durch Einstellung und Aufhebung. In beiden Fällen hat das Gericht einen Beschluss zu erlassen, welcher öffentlich bekannt zu machen ist. Der Beschluss ist unanfechtbar (§ 163 K.O.). Mit dem Zeitpunkt, in dem die öffentliche Bekanntmachung als bewirkt gilt (§ 76 I K.O.), treten auch die Wirkungen der Aufhebung des Konkursverfahren von Rechtswegen ein (Motive Hahn S. 341.)

[1]) Fitting § 33 Anm. 7 und Petersen und Kleinfeller S. 355; a. M. Wolff S. 295.

1) Der Gemeinschuldner ist nicht mehr Gemeinschuldner, eine Gläubigergemeinschaft besteht nicht mehr, die Konkursverwaltung ist beendigt. Ist jedoch zur Zeit der Aufhebung noch zur Schlussverteilung oder Nachtragsverteilung geeignetes Vermögen vorhanden, so bleibt zu Zwecken der Verteilung die Gläubigergemeinschaft bestehen. Auch der Konkursverwalter ist zur Ausübung seines Amtes noch berechtigt und verpflichtet hinsichtlich der Schluss- und Nachtragsverteilungen und hinsichtlich der Disposition über die diesen Verteilungen zu Grunde liegenden Gegenstände; bei Konkursbeendigung noch anhängige Aktiv- und Passivprozesse, welche die Feststellung von Konkursforderungen oder Einwendungen gegen Verteilungen betreffen, werden vom Konkursverwalter noch weiter geführt, da sie zu Nachtrags verteilungen gem § 166 K.O. führen können.[1]) Auch neue Prozesse nach Konkursbeendigung können vom Verwalter noch geführt werden mit Rücksicht auf Nachtragsverteilungen. Dagegen gehen die anderen bei der Beendigung des Konkursverfahren schwebenden, die Konkursmasse betreffenden Prozesse, welche sich entweder auf vom Verwalter bestrittene Aus- oder Absonderungsansprüche beziehen, oder welche von ihm selbst vor Konkurseröffnung begonnen worden waren, und noch schweben, in der Lage, in der sie sich befinden, von selbst und ohne Unterbrechung auf den Gemeinschuldner über. Derselbe muss auch die Ergebnisse solcher Prozesse, welche die vom Verwalter bestrittene Absonderung betreffen, für und gegen sich gelten lassen.

2) Der Gemeinschuldner tritt wieder in seine vollen Rechte ein und übt bezüglich noch vorhandener Masse wieder die Dispositionsbefugnis aus. (§ 206 K.O.), er hat einen Anspruch gegen den Verwalter

---

[1]) R. G. XXVIII 70, XXXII 72, XXVII 113.

auf Herausgabe der noch vorhandenen Massegegenstände, bezw. eines Baarüberschusses, der im Konkursverfahren übrig geblieben ist. Der Verwalter ist zur Herausgabe verpflichtet (§§ 83, 84 K.O.), es kann die Herausgabe bei Weigerung durch den Verwalter auch durch zivilprozessuale Klage erzwungen werden. Kann der Gemeinschuldner dem Verwalter ein Verschulden nachweisen, das dieser zu vertreten hat, so steht ihm eine Klage gegen diesen auf Schadenersatz zu, da letzterer allen Beteiligten somit auch dem Gemeinschuldner zur Erfüllung seiner Pflichten verantwortlich ist. (§ 82 K.O.)[1])

3) War zur Zeit der Konkurseröffnung der Gemeinschuldner im Prozesse befangen, so werden diese nach § 240 C.P.O. oder nach § 13 II Anfechtungsgesetz vom 21. Juli 1879 bis zur Aufnahme unterbrochen. War eine solche während der Dauer des Konkurses nicht erfolgt, so hört die Unterbrechung des Prozesses von selbst auf, wenn der Konkurs beendigt ist. Das Gleiche gilt von der durch Anmeldung im Konkurs eingetretenen Unterbrechung der Verjährung (§ 214 B.G.B.)

4) Der Gemeinschuldner unterliegt wieder der Einzelverfolgung seiner Gläubiger, der Konkursgläubiger jedoch nur, soweit sie nicht Befriedigung ihrer Ansprüche erhielten (§ 164I K.O.). Es können nunmehr auch Nebenforderungen, welche im Konkurs nicht geltend gemacht werden konnten § 63 K.O., gegen den Gemeinschuldner geltend gemacht werden, soweit sie nach bürgerlichen Recht zulässig sind.

5) Hat der Gemeinschuldner den im Prüfungstermin festgestellten Konkursforderungen nicht ausdrücklich widersprochen, — wenn er im Prüfungstermin nicht erschienen ist, so hat es die gleiche Wirkung, als ob er nicht widersprochen hätte, hie-

[1]) Seuffert S. 385.

gegen ist ihm gem. § 165 K.O. die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand eingeräumt, — so findet gegen ihn die Zwangsvollstreckung unter entsprechender Anwendung der §§ 724—793 C.P.O. statt; den Schuldtitel bildet die Eintragung in die Tabelle (§ 164 II K.O.)

§ 164 III K.O. hat unter Abänderung der Zuständigkeitsbestimmungen der §§ 767 I, 768 C.P.O. bestimmt, dass für Klagen auf Erteilung der Vollstsreckungsklausel, sowie für Klagen, durch welche die die Forderung selbst betreffenden Einwendungen geltend gemacht werden, oder der bei der Erteilung der Vollstreckungsklausel als bewiesen angenommene Eintritt der Thatsache, von welcher die Vollstreckung aus der Eintragung in die Tabelle abhängt, oder die als eingetreten angenommene Rechtsnachfolge bestritten wird, dasjenige Amtsgericht bezw. Landgericht zuständig sein soll, bei welchem bezw. in dessen Bezirk das Konkursverfahren anhängig war.

Im Uebrigen ist der Gläubiger nicht verpflichtet, gegen den Gemeinschuldner nur aus dem Eintrag in die Tabelle vorzugehen, er kann ohne Benutzung des Eintrags jedes ihm ausser dem Konkurs zustehende Klagemittel benützen, einen Kostenersatz kann er jedoch in diesem Fall nicht verlangen, da die Kosten unnötiger Weise entstanden sind.

6) Hat der Gemeinschuldner im Prüfungstermin der festgestellten Forderung widersprochen, so hat die Feststellung für ihn keinen Nachteil. Der Gläubiger kann seinen Rechtsanspruch, soweit er im Konkurs Befriedigung nicht gefunden, mit Klage gegen den Gemeinschuldner verfolgen, wogegen diesem die *condictio indebiti* auf die an den Konkursgläubiger verteilte Konkursdividende zusteht; denn damit, dass dem Konkursgläubiger auf Grund des Tabelleneintrags kein Verfolgungsrecht gegen den widersprechenden Gemeinschuldner gewährt wurde, hat die Konkurs-

ordnung an den Fall gedacht, dass der Gemeinschuldner trotz Festgestellung das Unberechtigte der Forderug nachweisen kann; sonst hätte es nicht der Vollstreckungsbeschränkung des § 164 II K.O. bedurft. Wird nunmehr im Prozess festgellt, dass dem Konkursgläubiger kein Anspruch zustand, dann hatte er also die Konkursdividende *de facto* nicht zu erhalten und muss dem Gemeinschuldner das Recht der Rückforderung wegen ungerechtfertigter Bereicherung zustehen. [1]).

7) Wurde Feststellungsklage des Konkursgläubigers abgewiesen, so kann der Gemeinschuldner sich nicht darauf mit der *exceptio rei judicatae* berufen; denn die Feststellung berührt den Gemeinschuldner nur soweit, als er ihr nicht widersprach und sie wirklich erfolgte. Hat er aber widersprochen, so können nach Konkursbeendigung keine Rechte aus der Eintragung gegen ihn abgeleitet werden, er selbst kann umgekehrt dann aber auch keine Rechte aus der abgelehnten Eintragung ableiten, selbst dann wenn die Abweisung der Feststellung auf Grund Urteil erfolgte.

8) Der Gemeinschuldner muss gegen sich und für sich gelten lassen, was der Konkursverwalter im Konkurs hinsichtlich der Masse vorgenommen hat, mit Ausnahme des Falles, dass der Verwalter eine Forderung im Prüfungstermin anerkennt, die der Gemeinschuldner bestritten hat (hier Ziff. 6.). Insbesondere muss er auch Masseschulden, die durch die Konkursverwaltung entstanden sind, übernehmen mit Rücksicht darauf, dass diese aus der Masse zu tilgen waren und dass dadurch, dass dies nicht geschah, die Konkursgläubiger nun dies mehr erhalten haben und dadurch wieder der Gemeinschuldner denselben

---

[1]) Petersen S. 478, Völderndorf II 493 f., a. M. Stieglitz S. 599, Wilmowski S. 426 f., Fitting § 12 No. 44, Oetker konkursrechtl. Grundbegriffe I. 423.

um dies weniger schuldig geworden ist. Insofern ist der Gemeinschuldner auf Kosten der Massegläubiger ungerechtfertigt bereichert. [1]).

9) Die für die Dauer des Konkursverfahren eingetretenen Modifikationen (§§ 65, 69, 70 K.O.) fallen nach Konkursbeendigung weg; über die Frage, ob der Konkursgläubiger seinen ursprünglichen Anspruch geltend machen darf, oder nur in der durch das Konkursverfahren modificirten Gestaltung, siehe die obigen Ausführungen über Erfüllung der Rechtsgeschäfte.

Insbesondere.

Erfolgt die Aufhebung des Konkursverfahren auf Grund eines Zwangsvergleichs, so ergeben sich verschiedene Modifikationen vorstehender Bestimmungen:

1) Der Gemeinschuldner erhält gleichfalls das Recht zurück über die Konkursmasse frei zu verfügen, „soweit der Zwangsvergleich nicht ein Anderes bestimmt." § 192 K.O. Da durch den Zwangsvergleich zwischen Gemeinschuldner und Konkursgläubiger auf dem Schuldenverhältnis beruhende neue Vereinbarungen geschaffen werden, können auch Bestimmungen zur Aufnahme gelangen, wonach der Gemeinschuldner sich gewissen Dispositionsbeschränkungen bezüglich der Massegegenstände unterwirft, er kann Pfandrechte darauf gewähren, Sicherungs-Hypotheken für die Gläubiger, er kann Konkursgegenstände an Zahlungstatt geben u. s. w. Alle diesbezüglichen Bestimmungen richten sich nach bürgerlichem Recht. Ist nicht ein Anderes bestimmt, so gilt dasselbe wie bei Aufhebung des Konkurses auf Grund der Schlussverteilung. Danach ist die Konkursmasse dem Gemeinschuldner auszuhändigen. Werden Beträge, welche für sichergestellte Masseansprüche oder bevorrechtigte Forderungen zurückgehalten sind, nachträglich frei,

[1]) Endemann S. 580, Sarwey-Bossert S. 426.

so sind auch diese dem Gemeinschuldner zu übergeben.

2) Die Rechtsverfolgung der einzelnen Konkursgläubiger gegen den Gemeinschuldner kann nur soweit eintreten, als sie nicht durch den Zwangsververgleich die zwangsweise Beitreibbarkeit verloren haben.

3) Der rechtskräftig bestätigte Zwangsvergleich ist wirksam für und gegen alle nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger, sie mögen am Verfahren teil genommen haben oder nicht, oder gegen den Vergleich gestimmt haben.

Als besondere Bestimmung hat § 193 K.O. noch aufgenommen, dass die Rechte der Gläubiger gegen Mitschuldner und Bürger des Gemeinschuldner, sowie die Rechte aus einem für die Forderung bestehenden Pfandrecht, aus einer für sie bestehenden Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld oder aus einer zu ihrer Sicherung eingetragenen Vormerkung durch den Zwangsvergleich nicht berührt werden.

4) In den Zwangsvergleichen wird in der Regel vereinbart, dass nur eine Quote der Forderungen bezahlt werden soll. Wird hiebei nicht ausdrücklich bestimmt, dass auf den Anspruch, auf die Restforderung verzichtet wird, so besteht zwar bezüglich dieser keine Klagbarkeit bezw. Vollstreckbarkeit, sie bleibt aber als Naturalobligation bestehen, es kann also eine Bezahlung einer solchen Restforderung nicht mit der *condictio indebiti* zurückgefordert werden. [1]).

5) Hat der Gemeinschuldner im Prüfungstermin die festgestellte Forderung nicht bestritten, so kann gegen ihn, sowie gegen den Vergleichsbürgen, welcher ohne Vorbehalt der Einrede der Vorausklage Verpflichtungen für die Erfüllung des Zwangsvergleichs übernommen hat, aus dem rechtskräftig bestätigten Zwangsvergleich und der Eintragung in die Tabelle

[1]) Seuffert S. 443.

die Zwangsvollstreckung unter entsprechender Anwendung der §§ 729—793 C.P.O. und des § 164 III K.O. erfolgen. (§ 194 K.O.).

6) Waren Konkursforderungen während des Konkurses nicht festgestellt, oder von dem Gemeinschuldner im Prüfungstermin (oder auf Grund Widereinsetzung in den vorigen Stand § 165) bestritten, so findet § 194 keine Anwendung. Es kann also dann, wenn der Gläubiger einen Vollstreckungstittel nach Beendigung des Konkursverfahrens erwirbt, damit nur gegen den Gemeinschulnner nicht gegen den Garanten vorgegangen werden ebensowenig kann gegen denselben vorgegangen werden im Falle des § 194, wenn ihm die Einrede der Vorausklage im Zwangsvergleich vorbehalten war. Daran ist der Gläubiger ohne Rücksicht auf späteres eventuelles Wegfallen der Einrede auf Grund § 773 No. 2—4 B.G.B. gebunden, es muss also in beiden Fällen der Gläubiger erst einen Vollstreckungstitel gegen den Garanten erwerben, bevor er gegen ihn vorgehen kann.

7) Nur für die nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger (§ 193 K.O.) ist der Zwangsvergleich wirksam. Der Gemeinschuldner kann sich also bezüglich der bevorrechtigten Konkursgläubiger (§ 61 No. 1—5 K.O.), nicht auf den Zwangsvergleich berufen. Absonderungsberechtigte (§ 4 K.O.) und Gläubiger, die sich am Konkursverfahren nicht beteiligen konnten (§ 63 K.O.), sind an den Zwangsvergleich nicht gehalten. Nur solche Absonderungsberechtigte, welche nach der abgesonderten Befriedigung noch einen Ausfall erlitten haben, sind an den Zwangsvergleich bezüglich des Ausfalls gehalten.

8) Es bleibt noch zu erübrigen, dass der Zwangsvergleich nicht aus dem Grunde der Nichterfüllung desselben aufgehoben werden kann. (§ 195). Durch den Vergleich ist die endgültige Grundlage des Recht-

verhältnisses zwischen Gemeinschuldner und den nicht bevorrechtigten Gläubigern geschaffen worden, welche wegen Nichterfüllung nicht mehr geändert werden kann. Die Aufnahme der kassatorischen Klausel in den Vergleich für den Fall der Nichterfüllung muss als unzulässig erachtet werden. [1])

[1]) Endemann S. 606.